4056
Law School
2

Die Rückgriffshypothek bei der Gesamthypothek

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Kurt Plumbohm

Referendar aus Magdeburg.

Berichterstatter: Professor Dr. Rudolf Schmidt.

Würzburg 1935

Buchdruckerei Richard Mayr

CATEGORY
14-

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARIES
CHICAGO, ILL.
Exchange Diss.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Der Rückgriff und die Rückgriffshypothek . . . . 1—3

§ 2. Die Entstehung der Rückgriffshypothek aus einer Gesamthypothek . . . . . 4—62

I. Die Rückgriffshypothek eines Eigentümers gegen einen anderen bei freiwilliger Befriedigung des Gläubigers . 5—50

1. Die Rückgriffshypothek eines Eigentümers gegen einen anderen, wenn beide nur Nebenschuldner sind 5—34

a) Die Rückgriffshypothek auf Grund vertraglichen Rückgriffs . . . . . 6—10

b) Die Rückgriffshypothek auf Grund gesetzlichen Rückgriffs . . . . . 10—34

2. Die Rückgriffshypothek eines Eigentümers gegen einen anderen, wenn der ausgleichspflichtige zugleich der persönliche Schuldner ist . . . . . 34—43

3. Der Ausgleich unter Eigentümern, die zugleich Hauptschuldner (Gesamtschuldner) sind . . . 44—46

4. Die Rückgriffshypothek eines Eigentümers gegen anderen in den der freiwilligen Befriedigung gleichgestellten Fällen . . . . . 46—50

II. Die Rückgriffshypothek eines Eigentümers gegen einen anderen bei Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung . . . . . 50—54

III. Die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners gegen einen Eigentümer . . . . . 54—62

§ 3. Die rechtliche Natur der Rückgriffshypothek . . . . 62—71

§ 4. Der Rang der Rückgriffshypothek . . . . . 71—80

§ 5. Der Schutz vor Vereitelung der Rückgriffshypothek . . 80—92

§ 6. Die Rückgriffshypothek und das Grundbuch . . . . 92—98

§ 7. Schluß . . . . . 98—99

Schrifttum.

Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Uebergang der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen. Archiv für Bürgerliches Recht, Band 25 S. 84.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Buch, Sachenrecht (3. Auflage 1914).

— Die „Einheitlichkeit" der Gesamthypothek. Das Recht 1905 S. 265.

— Pfandrechte und Hypotheken bei Gesamtschulden, Gesamtforderungen und gemeinschaftlichen Forderungen. Archiv für Bürgerliches Recht, Band 40 S. 318.

Braun-Melchior, Gesetzlicher Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfacher Drittsicherung. Archiv für die civilistische Praxis, Band 132 S. 175.

Breit, Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. Gruchot's Beiträge, Band 48 S. 283.

— Besprechung einer Entscheidung in der Juristischen Wochenschrift 1931 S. 2750 (zu Nr. 8).

Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld sowie die Hypothek und die Grundschuld am eigenen Grundstück in ihrer praktischen Bedeutung. Berlin 1907.

Bruck, Die Eigentümerhypothek. Jena 1903.

— Die Gefahrgemeinschaft. Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschafts-Recht, Nr. 62 (2. Band) S. 1260 ff.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Band 1 (1900), Bd. 2 (1902), Band 3 (1905).

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Band 2 (1864).

— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Band 3, Sachenrecht, 4. Auflage (1908).

— Das Preußische Hypothekenrecht. 2. Abteilung (1891).

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe, 1888.

Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Band, 1. Abteilung: Sachenrecht. 8. und 9. Auflage, Berlin 1905.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil. Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1932.

Fuchs, Grundbuchrecht. Band I: Materielles Grundbuchrecht. Berlin 1902.

— Grundbegriffe des Sachenrechts. Berlin 1917.

Gierke, O. v., Deutsches Privatrecht. 3. Band, Leipzig 1917. 2. Band, Leipzig 1905.

Gierke, J. v., Bürgerliches Recht. Sachenrecht, 2. Auflage 1928.

Güthe-Triebel, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 5. Auflage, Berlin 1929.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldenrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Zweite Lesung). Mannheim 1895.

— Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97. Mannheim 1900.

Hagemann, Die Umwandlung der Gesamthypothek in Eigentümer-Einzelhypotheken. Gruchot's Beiträge, Band 53 S. 44.
Heck, Besprechung von R. Schmidt's „Unechte Solidarität". Archiv für die civilistische Praxis, Band 122 S. 131.
Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück. Berlin 1914.
Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht. Graz 1904.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Band, Berlin 1919.
Lang, Die Gesamthypothek. Archiv für die civilistische Praxis, Band 89 Seite 251.
Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB. München und Leipzig 1929.
Lippmann, Uebernahme einer Hypothekenschuld in der Zwangsversteigerungsinstanz (§ 1164—1166 BGB) und Jurisprudenz. Archiv für die civilistische Praxis, Band 109 S. 219.
Marcus, Die Behandlung einer auf mehreren Grundstücken lastenden Reallast im Zwangsversteigerungsverfahren. Ein Beitrag zur Erläuterung der §§ 50, 51 ZVG. Gruchot's Beiträge, Band 56 S. 778.
Marcusen, Die Corealhypothek im modernen Rechte. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 13 (1899) S. 220.
Martinius, Entsprechende Anwendung des § 774 II im Falle des § 1225. Deutsche Juristen-Zeitung 1903 S. 543.
Meikel, Ueber Fälle der Befriedigung des Gläubigers einer Gesamthypothek durch den persönlichen Schuldner (Zur Auslegung des § 1174 BGB). Blätter für Rechtsanwendung 1903 S. 112.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1888.
Müller, G., Interzessionsfälle des geltenden Rechts. Tübingen 1928, Dissertation.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht. 2. und 3. Auflage, Tübingen 1928.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Band, 5. Auflage 1909.
Oellers, Der Ausgleich bei mehrfacher Forderungssicherung (§§ 774, 1143, 1173, 1225, 1249 BGB). Marburg 1926, Dissertation.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse, 1. und 2. Abteilung, 5. Auflage, Berlin 1928 und 1929.
— Besprechung einer OLG-Entscheidung in JW 1932 S. 200.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse, 1. und 2. Hälfte, 4. Auflage, Berlin 1914 und 1928. Sachenrecht, 1. und 2. Hälfte, 5. bezw. 4. Auflage, Berlin 1933 bezw 1920.
Predari, Die Grundbuchordnung vom 24. 3. 1897. 2. Auflage, Berlin 1913.
Proskaner, Ueber relative Beschränkungen des Rechtsgebrauchs. Jherings Jahrbücher, Band 69 S. 316.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Band, Berlin 1899.
Reichel, Die Schuldübernahme. München 1909.
— Regreß unter Solidarschuldnern. Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1917 S. 201.
RGK, Kommentar von Reichsgerichtsräten zum BGB. 8. Auflage, Berlin 1934.
Robert, Die Rückgriffshypothek. Halle 1906, Dissertation.
Schmidt, R., Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht. München 1915.
— Die unechte Solidarität. Jherings Jahrbücher, Band 72 S. 1.
Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik. Leipzig 1914.
Schulz, Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession. Breslau 1907.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.
— Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Jherings Jahrbücher, Band 50 S. 55.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 2. Bd., 4. Auflage, 1929.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Band, 12. und 13. Auflage, 1926.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Auflage.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung. Gruchot's Beiträge, Band 52 S. 545.
Stillschweig, Kann der Bürge, welcher die verbürgte, erststellige Hypothekenforderung ablösungsweise bezahlt hat, trotz § 774 I 2 BGB den Uebergang im Range vor einer weiteren demselben Gläubiger auf dem Pfandobjekte zustehenden Nachhypothek geltend machen? Juristische Wochenschrift 1917 S. 845.
Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. Deutsche Juristen-Zeitung 1903 S. 373.
— Der gesetzliche Uebergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung. Jherings Jahrbücher, Band 61 S. 59.
— Das deutsche Erbrecht. I. Band, 3. Auflage, Berlin 1903.
Tacken, Der Ausgleichsanspruch des Mitbürgen nach dem Rechte des BGB. Berlin 1907, Breslauer Dissertation.
Tasse, Die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Sicherungsverpflichteten nach Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen. Halle 1931, Dissertation.
Tücking, Die amtliche Behandlung der bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks gedeckten Gesamthypothek in Hinsicht auf das mithaftende, nicht versteigerte Grundstück. 1181 II, 1182 BGB (130 ZVG). Das Recht 1906 Sp. 1353.
Tuhr, v., Der Allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts. Band I, Leipzig 1910.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. 3. Auflage, 1906.
Werneburg, Die privatschriftlich verpfändete Hypothek in der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks. Jherings Jahrbücher, Band 66 S. 58.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage, 1906 (Bearbeitet von Kipp).
Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Das Sachenrecht. (3. Band des Lehrbuchs von Enneccerus, Kipp, Wolff). Marburg 1932.
Zeitlmann, Kann der Bürge, welcher die verbürgte, erststellige Hypothekenforderung ablösungsweise bezahlt hat, trotz § 774 I 2 BGB den Uebergang im Range vor einer weiteren, demselben Gläubiger auf dem Pfandobjekte zustehenden Nachhypothek geltend machen? Juristische Wochenschrift 1917 S. 845.
— (Wie vorstehend) Juristische Wochenschrift 1918 S. 129.

Rechtsprechung.

a) Entscheidungen des Reichsgerichts.

Band:	53	Seite:	378
	54		373
	58		428
	59		208
	65		137
	73		154
	76		197
	77		151
	80		319
	81		71
	82		133
	88		91
	89		77
	91		225
	129		30
	131		157
	131		323
	136		43
in JW:	1913	Seite:	1149
	1913		1147 Nr. 5.
	1914		916 Nr. 3.
	1914		922 Nr. 7.
	1916		1410
	1917		811
	1918		59
	1926		359 Nr. 3.
	1931		3440 Nr. 9.
in Recht:	1916	Seite:	670

b) Entscheidungen des Kammergerichts.

Band:	23 A	Seite:	254
	27 A		278
	24 A		255
	25 A		305
	30 A		235
	42 A		274
	47 A		210
	48 A		186
	51 A		301
	52 A		163

in der Sammlung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte

Band:	4	Seite:	376
	9		317
	28		166
	35		8

c) Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Band:	34	Seite:	77

in der Hanseatischen Gerichtszeitung

	1920	Beiblatt Seite:	225
in JW:	1931	Seite:	2751

d) Entscheidungen des Preußischen Obertribunals.

Band:	12	Seite:	168
	52		440

Abkürzungen:

Arch. f.Bürgerl.R.	=	Archiv für Bürgerliches Recht.
DJZ	=	Deutsche Juristen-Zeitung.
Gruch.	=	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Dr. J. A. Gruchot.
Jher.J.	=	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW	=	Juristische Wochenschrift.

Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind Paragraphen des BGB.

§ 1. Der Rückgriff und die Rückgriffshypothek.

Durch die Lehre vom Rückgriff wird geregelt, welche Beziehungen unter mehreren demselben Gläubiger verpflichteten Personen bestehen, wenn eine von ihnen den gemeinsamen Gläubiger befriedigt[1]). Als Rückgriffs- oder auch Ausgleichsanspruch wird der Ersatzanspruch bezeichnet, der demjenigen Schuldner, welcher den Gläubiger befriedigt hat, gegen einen anderen Schuldner zusteht. Mit Hilfe des Rückgriffsanspruchs wird die Schuld im Innenverhältnis unter den mehreren Schuldnern so verteilt, wie es ihren inneren Beziehungen zueinander entspricht.

Es sei kurz ein Ueberblick über die Fälle der Schuldnermehrheit und des Rückgriffs, die hier interessieren[2]), gegeben:

1. Es können mehrere Personen als Hauptschuldner eine Leistung in der Weise schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner § 426).
2. Neben einem oder mehreren Hauptschuldnern kann ein Nebenschuldner stehen und zwar
   a) als Bürge (§ 765),
   b) als Verpfänder (§ 1204),
   c) als Hypothekar (§ 1113).
3. Es kann auch neben einem oder mehreren Hauptschuldnern eine Mehrheit von Nebenschuldnern gegeben sein und zwar in Form
   a) einer Mitbürgschaft (§ 769),
   b) einer Mehrheit von Verpfändern (§§ 1204, 1225),
   c) einer Mehrheit von Grundstückseigentümern, deren Grundstücke mit einer Gesamthypothek belastet sind (§ 1132),
   d) oder es stehen die vorstehend zu a) b) und c) genannten Nebenschuldner in beliebiger Zusammensetzung nebeneinander, sodaß sich eine Mehrheit von ungleichartigen Nebenschuldnern ergibt.

In allen diesen Fällen kann über einen Ersatzanspruch des befriedigenden Haupt- oder Nebenschuldners gegen andere Haupt- oder Nebenschuldner dann kein Zweifel bestehen, wenn unter ihnen vertraglich geregelt ist, wer im Innenverhältnis verpflichtet ist, die Schuld ganz oder teilweise zu tragen. Fehlt es an einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung über die Verteilung der Schuld im Innenverhältnis, so ist es Aufgabe des Gesetzgebers, auszusprechen,

---

1) Vergl. Schulz S. 2.
2) Weitere Fälle siehe bei Schulz S. 5 ff.

ob und inwieweit derjenige Schuldner, welcher den Gläubiger befriedigt, von einem anderen Schuldner Ersatz verlangen kann. Es bedarf einer gesetzlichen Rückgriffsregelung.

Im BGB ist dieser gesetzliche Rückgriff nur bruchstücksweise und unvollkommen geregelt. Es ist nur in einem Teil der Fälle der Schuldnermehrheit gesagt, wie die Schuld im Innenverhältnis verteilt werden soll, und zwar

a) für die Gesamtschuld in § 426 I,
b) für das Verhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen in § 774 I,
c) zwischen Mitbürgen in § 774 II,
d) zwischen Hauptschuldner und Hypothekar in § 1143,
e) zwischen Hauptschuldner und Verpfänder in den §§ 1225, 1 und 774 I,
f) zwischen mehreren Verpfändern in § 1225, 2 und § 774 II.

In den anderen Fällen der Schuldnermehrheit[3]) ist im Gesetz nicht bestimmt, wer die Schuld im Innenverhältnis mangels vertraglicher Regelung zu tragen hat.

Die im Gesetz geregelten Fälle des Rückgriffs betreffen entweder das Verhältnis zwischen einem Haupt- und einem Nebenschuldner (§§ 774 I, 1143 I, 1225 S. 1) oder zwischen mehreren Hauptschuldnern (§ 426) oder mehreren Nebenschuldnern gleicher Haftungsart. Von den letztgenannten Fällen sind aber nur die Mitbürgschaft und die Mehrheit von Verpfändern vom Gesetz berücksichtigt (§§ 774 II, 1225 S. 2). Der weitere Fall, welcher hier besonders interessiert, nämlich der Fall, daß mehrere Grundstückseigentümer als Gesamthypothekare für die persönliche Schuld eines Dritten haften, ist ungeregelt[4]).

Soweit ein vertraglicher oder ausdrücklich ein gesetzlicher Rückgriff gegeben ist, wird er vom Gesetz besonders gefördert und geschützt. Das geschieht vor allem in der Weise, daß dem besonderen vertraglichen oder gesetzlichen Ersatzanspruch des Schuldners, welcher den Gläubiger befriedigt hat, gegen einen anderen Schuldner (z.B. bei dem Anspruch aus § 426 I) noch das alte Gläubigerrecht gegen den ersatzpflichtigen Schuldner im Wege der cessio legis beigegeben (z. B. § 426 II), oder der gesetzliche Rückgriffsanspruch überhaupt im Wege der cessio legis mit Hilfe des alten Gläubigerrechts gewährt wird (z. B. §§ 774 I, 1143 I, 1225 S. 1). Damit soll eine möglichst hohe Sicherheit für die Durchsetzung des Rückgriffsanspruchs erzielt werden. Denn die hauptsächlichste Bedeutung der

3) In der Aufstellung S. 1 die Fälle 3 c und d.
4) Ebenso ungeregelt sind alle Fälle, in denen Nebenschuldner ungleicher Haftungsart nebeneinanderstehen (Bürge, Hypothekar und Verpfänder oder nur je zwei von ihnen).

cessio legis ist hier in dem Uebergang der Nebenrechte auf den ersatzberechtigten Schuldner gemäß den §§ 412, 401 zu sehen. Dem ersatzberechtigten Schuldner sollen dieselben Sicherheiten zustehen, welche dem befriedigten Gläubiger von dem ersatzpflichtigen Schuldner eingeräumt waren.

Es wird auf diese Weise insbesondere eine Einzelhypothek, welche der Ersatzpflichtige für die Forderung des Gläubigers gegen ihn bestellt hatte, dem Rückgriff dienstbar gemacht; es entsteht eine Rückgriffshypothek. So kann dem Bürgen gegen den Hauptschuldner, dem Gesamtschuldner gegen einen anderen Gesamtschuldner, dem Mitbürgen gegen einen anderen Mitbürgen oder dem Verpfänder gegen den Hauptschuldner auf Grund der gesetzlichen Forderungsübergänge nach den §§ 774 I, 426 II, 774 II (426 II), 1225, 1 in Verbindung mit den §§ 412, 401 bezw. 1153 eine Rückgriffshypothek zufallen. Auch eine Gesamthypothek kann der erhöhten Sicherheit des Rückgriffs dienen. Das Gesetz hat die Entstehung einer Rückgriffshypothek aus einer Gesamthypothek in den §§ 1173, 1174 und 1182 vorgesehen[5]).

Soweit das Gesetz eine Regelung des Rückgriffs vornimmt, ist sie im Gesetz verstreut und auch sonst uneinheitlich. Entsprechend uneinheitlich ist die Behandlung der einzelnen Rückgriffsfälle in der Wissenschaft und der Rechtsprechung. Arbeiten, welche eine Lehre nach einheitlichen Grundgedanken aufzubauen versuchen, und sich bemühen, auch den nicht im Gesetz geregelten Fällen gerecht zu werden, sind nur erst wenige vorhanden[6]). Einen bescheidenen Beitrag hierzu erstrebt auch die vorliegende Arbeit. In ihr wird die Rückgriffshypothek bei der Gesamthypothek untersucht und im Gegensatz zur herrschenden Ansicht unter Fortentwicklung des Grundsatzes des § 426 I für einen gesetzlichen Rückgriff unter Gesamthypothekaren und zwar in Form einer Rückgriffshypothek eingetreten. Zum Zwecke der Beweisführung, und um den Zusammenhang mit dem Problem des Rückgriffs im ganzen zu wahren, wird es erforderlich sein, zuweilen mehr oder weniger ausführlich auch auf andere Rückgriffsfälle, vor allem die Rückgriffshypothek bei der Einzelhypothek, einzugehen.

5) Wegen des Ausdrucks „Rückgriffshypothek" vergl. z. B. Staudinger § 1173 II b, Protokolle Band 3 S. 633, Robert S. 7. Robert (S. 12 f) behandelt nur die Fälle der §§ 1164, 1173 f, 1182 als Fälle der Rückgriffshypothek. Die Rückgriffshypothek könne „nur dem persönlichen Schuldner oder dem Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke zustehen". Diese Begrenzung ist durch nichts gerechtfertigt. Auch die Hypothek, die einem Schuldner nach den §§ 412, 401 zusteht, ist eine Rückgriffshypothek, genau so wie z. B. die Forderung des Bürgen aus § 774 I eine Rückgriffsforderung ist.
6) Z. B. Schulz, Schmidt, Braun-Melchior.

§ 2. Die Entstehung der Rückgriffshypothek aus einer Gesamthypothek.

Der Rückgriff gestaltet sich grundsätzlich verschieden, je nachdem, ob die am Rückgriff beteiligten Schuldner nur Hauptschuldner bezw. Nebenschuldner (Schuldner derselben Stufe)[1]) oder teils Haupt- teils Nebenschuldner (Schuldner verschiedener Stufen) sind. Unter Schuldnern derselben Stufe wird, soweit überhaupt eine ausdrückliche gesetzliche Rückgriffsregelung vorliegt, die Schuld im Innenverhältnis mangels abweichender Vereinbarungen anteilsmäßig aufgeteilt. Das gilt für Gesamtschuldner nach § 426 I, für Mitbürgen nach § 774 II und für die Mehrpfänderschaft nach § 1225, 2. Bei Schuldnern verschiedener Stufen liegt es im Wesensunterschied von Haupt- und Nebenschuld begründet, daß der Nebenschuldner grundsätzlich berechtigt ist, vollen Ersatz zu verlangen. Vergl. die §§ 774 I, 1143 I, 1225 S. 1.

Die Unterscheidung der Schuldner nach Stufen ist auch für den Rückgriff unter Gesamthypothekaren von grundsätzlicher Bedeutung. Denn die Eigentümer, deren Grundstücke mit der Gesamthypothek belastet sind, können

1. nur Nebenschuldner oder
2. gleichzeitig alle Hauptschuldner (§ 421) Schuldner } derselben Stufe sein, oder es ist von ihnen
3. einer gleichzeitig Hauptschuldner und der andere nur Nebenschuldner (Schuldner verschiedener Stufen). Z. B. der A nimmt ein Darlehn auf. Für die Darlehnsschuld bestellen A und B eine Gesamthypothek an ihren Grundstücken. Hier ist der Eigentümer B nur Nebenschuldner, während der Eigentümer A zugleich Hauptschuldner ist.

In jedem Falle ist mit dem obligatorischen Rückgriff auch die Gestaltung der Rückgriffshypothek nach § 1173 II verschieden. Zu diesen drei Fällen des Rückgriffs der Gesamthypothekare untereinander tritt

4. als weiterer Fall des Rückgriffs unter Schuldnern verschiedener Stufen der Rückgriff und die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners, der nicht zugleich Eigentümer eines der belasteten Grundstücke ist, gegen einen der Eigentümer (§ 1174)[2]).

1) Mehrere Hauptschuldner bezw. Nebenschuldner sollen kurz und anschaulich als Schuldner derselben Stufe, Haupt- und Nebenschuldner nebeneinander als Schuldner verschiedener Stufen bezeichnet werden. Vergl. Schmidt S. 100, der diese Bezeichnung nach Stufen bei Zusammentreffen von Hauptschuldner, Bürge und Pfandeigentümer gebraucht. Sie verdient allgemein angewandt zu werden. So z. B. auch G. Müller S. 78 Anm. 1.

2) Dieser Fall ist insofern eine Besonderheit des Hypothekenrechts, als im Schuldrecht der Rückgriff des persönlichen Schuldners gegen einen Nebenschuldner keine besondere Regelung gefunden hat und auch nicht zu finden brauchte, da er sich stets nur aus besonderen vertraglichen Beziehungen ergibt. Nur der Uebergang von Nebenrechten zum Zwecke des Rückgriffs bedarf hier besonderer Regelung.

In den drei Fällen des Rückgriffs der Eigentümer untereinander ist die Rückgriffshypothek jeweils auch noch verschieden geregelt, je nachdem, ob der Gläubiger freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung des Rückgriffsberechtigten befriedigt wurde. Vergl. die §§ 1173 und 1182.

Jede der verzeichneten Möglichkeiten in der Ausgestaltung der Rückgriffshypothek bedarf einer gesonderten Untersuchung.

I. Die Rückgriffshypothek eines Eigentümers gegen einen anderen bei freiwilliger Befriedigung des Gläubigers.

1. Die Rückgriffshypothek eines Eigentümers gegen einen anderen, wenn beide nur Nebenschuldner sind.

Nach § 1132 ist eine Gesamthypothek dann gegeben, wenn für dieselbe Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken besteht. Es haftet sodann jedes Grundstück für die ganze Forderung, und der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teil suchen. Stehen die Grundstücke, welche mit der Gesamthypothek belastet sind, im Eigentum mehrerer Personen, so entspricht also die Gesamthypothek der Gesamtschuld (§ 421). Man kann sie als das „liegenschaftsrechtliche Abbild der Gesamtschuld"[3]) bezeichnen. Bei beiden sind mehrere Personen in gleicher Weise verpflichtet, und der Gläubiger kann nach seiner Wahl von dem einen oder anderen, jedoch nur einmal Befriedigung verlangen. Die Leistung des einen befreit also auch den anderen, da die Schuld beider auf dasselbe Gläubigerinteresse gerichtet ist[4]).

Die Analogie zwischen Gesamtschuld und Gesamthypothek ist dann am größten, wenn die Gesamthypothekare nur Nebenschuldner sind, und sich die persönliche Forderung gegen einen weiteren Dritten richtet. Die Eigentümer stehen hier nicht nur in ihrer dinglichen Haft, sondern auch in Bezug auf die Forderung, welche der Gesamthypothek zu Grunde liegt, gleichwertig nebeneinander.

Man sollte meinen, daß diese Analogie in einer entsprechenden Durchbildung beider Institute, soweit es mit ihren Eigenarten ver-

3) Wolff § 148 I.

4) Schmidt S. 49 und 54. Schmidt behandelt deshalb auch die Gesamthypothek als einen Fall der Gesamtschuld und wendet auf die Gesamthypothek § 426 unmittelbar an (S. 96 ff). Vergl. hierzu unten S. 22 ff.

einbar ist, Ausdruck gefunden hat. Es ist jedoch gerade in der wichtigen Frage des gesetzlichen Rückgriffs jeglicher Versuch einer Uebertragung des Ausgleichungsgrundsatzes, welcher nach § 426 I für die Gesamtschuld gilt, in die gesetzlichen Regeln über die Gesamthypothek unterblieben. „Die sozialen Gedanken, welche namentlich kraft des deutschen Rechts das Institut der Gesamtschulden den Regeln der Billigkeit unterworfen haben, sind bei der Gesamthypothek einfach weggeblieben"[5]). Nur an einer Stelle des BGB, an welche man vielleicht am wenigsten denkt, nämlich unter den Bestimmungen des Erbrechts über das Vermächtnis, sind in den §§ 2166 ff Ansätze für einen gesetzlichen Rückgriff unter Gesamthypothekaren vorhanden.

a) Die Rückgriffshypothek auf Grund vertraglichen Rückgriffs.

Die für die Gesamthypothek wichtigste Rückgriffsbestimmung enthält § 1173 II.

§ 1173 schafft eine Ausnahmeregelung von § 1172, welcher in Ergänzung des § 1163 die Eigentümerhypothek bei der Gesamthypothek behandelt.

Nach § 1172 I fällt grundsätzlich bei Nichtentstehen oder Erlöschen der Forderung die Gesamthypothek den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Für den Fall des Erlöschens der Forderung durch Befriedigung des Gläubigers von Seiten eines der Eigentümer enthält § 1173 I eine Sonderregelung. Es erwirbt hier nicht die Gesamtheit der Eigentümer, sondern nur derjenige, welcher den Gläubiger befriedigt, Eigentümerhypothek. Er erwirbt „die Hypothek an seinem Grundstück". An den übrigen Grundstücken erlischt sie. Von dieser Grundlage, daß aus der Gesamthypothek lediglich eine Einzeleigentümerhypothek zu Gunsten des befriedigenden Eigentümers entsteht, geht sodann § 1173 II aus. Er bestimmt, daß auf den Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedigt, und „von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen" kann, weiterhin „in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers" übergeht. Diese Rückgriffshypothek am Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers bleibt mit der Hypothek am Grundstück des befriedigenden Eigentümers Gesamthypothek.

Auf die Gesamthypothek des § 1173 II wird später bei der Behandlung der rechtlichen Natur der Rückgriffshypothek näher einzugehen sein. Hier genügt zunächst die Feststellung, daß nach § 1173 II das Entstehen der Rückgriffshypothek stets von einem anderweitig durch Vertrag oder Gesetz gegebenen obligatorischen

5) Kohler S. 470.

Ersatzanspruch abhängig ist. Es wird also in § 1173 davon abgesehen, für die Gesamthypothek einen Rückgriff neu zu schaffen[6]), sondern es wird nur an eine anderweitig bereits vorhandene Rückgriffslage angeknüpft[7]).

Der obligatorische Ersatzanspruch, von welchem der Erwerb der Rückgriffshypothek nach § 1173 II abhängig ist, kann sich in erster Linie aus vertraglichen Abmachungen unter den Gesamthypothekaren ergeben. Man kann hierbei in Anlehnung an die verschiedenen Entstehungsmöglichkeiten der Gesamthypothek mit mehreren Hypothekaren verschiedene Gruppen von Fällen unterscheiden.

Die Gesamthypothek kann von vornherein von mehreren Grundstückseigentümern eigens für die Schuld eines Dritten bestellt worden sein. In diesem Falle können die Eigentümer schon bei Bestellung der Hypothek vorgesehen haben, wie sich ihr Verhältnis zueinander gestalten soll, wenn der persönliche Schuldner die Forderung bei Fälligkeit nicht abtragen kann, und sich der Gläubiger somit auf Grund seines freien Wahlrechts aus § 1132 an eines der belasteten Grundstücke hält. Wie diese Art der Entstehung der Gesamthypothek wird auch diese Regelung des Rückgriffs verhältnismäßig selten sein[8]).

Am häufigsten entsteht die Gesamthypothek mit mehreren Eigentümern dadurch, daß nur ein Eigentümer an einem seiner Grundstücke eine Einzelhypothek oder an mehreren seiner Grundstücke eine Gesamthypothek bestellt und später das bezw. die belasteten Grundstücke nur teilweise verkauft. Hier sind die Voraussetzungen für den Hauptfall des vertraglichen Rückgriffs unter Gesamthypothekaren gegeben.

Beim Verkauf eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks wird fast immer im Kaufvertrag vereinbart, daß der Käufer die Belastung des Grundstücks ganz oder teilweise in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. Das heißt, daß der Käufer nur den Teil des Kaufpreises, welcher sich unter Abzug der Grundstücksbelastung ergibt, an den Verkäufer bar zu zahlen braucht, dafür aber den Hypothekengläubiger bei Fälligkeit der Hypothekenforderung zu befriedigen hat.

Wird eine solche Vereinbarung beim Verkauf einer Parzelle eines Grundstücks, auf dem eine Einzelhypothek ruht, oder beim

6) Anders als in §§ 426, 774 und 1225.

7) So die allgemeine Meinung, z. B. Strohal in Jher. J. Band 61 S. 90 ff, Koban S. 201 f, Wolff § 148 VI und VII 2 insbes. Anm. 22, Brinck S. 97, Emmerich S. 516 Anm. 564. Hieraus wird meist zu Unrecht die Folgerung gezogen, daß ein gesetzlicher Rückgriff unter Gesamthypothekaren nicht möglich sei. Hierzu unten S. 15 ff.

8) Zumal die Eigentümer auch nicht immer in diesen an sich schon seltenen Fällen für den Fall Vorsorge getroffen haben werden, daß nur einer von ihnen in voller Höhe oder mehrere in ganz beliebigen Teilbeträgen aus der Hypothek in Anspruch genommen werden.

Verkauf eines Grundstücks, welches von vornherein vom Verkäufer neben anderen ihm gehörigen Grundstücken gesamthypothekarisch belastet wurde, getroffen, so ist die Verteilung der Haftungslast unter den Hypothekaren (Verkäufer und Käufer) vertraglich geregelt. Der Käufer hat im Innenverhältnis die Hypothekenschuld zu tragen. Hält sich der Hypothekengläubiger im Widerspruch hierzu an das Grundstück des Verkäufers, ~~und~~ wird er von diesem befriedigt, so hat der Verkäufer gegen den Käufer einen Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung der vertraglich aufgestellten Pflicht zur Befriedigung des gemeinsamen Gläubigers[9]).

Ein vertraglicher Ersatzanspruch unter den Gesamthypothekaren ist auch aus einem Auftragsverhältnis nach § 670 oder wegen Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 683 denkbar[10]).

In allen Fällen erwirbt der Gesamthypothekar, welcher den Gläubiger befriedigt hat, wegen seines Ersatzanspruchs kraft Gesetzes nach § 1173 II eine Rückgriffshypothek gegen den ersatzpflichtigen Eigentümer, während die Gesamthypothek an den Grundstücken anderer Eigentümer, gegen welche kein Ersatzanspruch besteht, erlischt. (§ 1173 I). Damit soll eine hypothekarische Sicherheit, die dem befriedigten Gläubiger zustand, dem ersatzberechtigten Eigentümer zur besseren Verwirklichung seines Ersatzanspruchs zu gute kommen. Es sind für diesen Hypothekenerwerb kraft Gesetzes dieselben Erwägungen maßgebend, welche in anderen Fällen der Schuldnermehrheit (§§ 426 II, 774, 1225) zu einem gesetzlichen Forderungsübergang führen. Denn die hauptsächlichste Bedeutung der kraft Gesetzes übergegangenen schuldrechtlichen Forderung gegenüber einem sonstigen vertraglichen oder gesetzlichen Ersatzanspruch (z. B. § 426 I) ist in dem Mitübergang von Nebenrechten, insbesondere Hypotheken, gemäß den §§ 412, 401 zu suchen[11]).

---

9) Der Fall, daß ein Käufer trotz Bestehens einer Hypothek am gekauften Grundstück den Preis für ein unbelastetes Grundstück zahlt, wird kaum vorkommen. Hier stünde umgekehrt dem Käufer, welcher später vom Gläubiger aus der Gesamthypothek in Anspruch genommen wird, ein Ersatzanspruch zu und zwar wegen Nichterfüllung der Pflicht, das Grundstück dem Käufer frei von Rechten Dritter zu verschaffen (§ 434). Dieser Ersatzanspruch des Käufers würde gleichfalls eine Rückgriffshypothek aus § 1173 II vermitteln.

Entsprechendes gilt, wenn eine bereits getilgte Hypothek vom Verkäufer nicht ordnungsgemäß zur Löschung gebracht worden ist, und auf Grund gutgläubigen Erwerbs (§ 1138) die Hypothek nochmals gegenüber dem Käufer geltend gemacht wird.

10) Z. B.: Der Gesamthypothekar A ist auf Reisen. Inzwischen betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück. Der Gesamthypothekar B ist entweder beauftragt, den Gläubiger in diesem Falle zu befriedigen, oder er tut es gemäß dem mutmaßlichen Willen des A.

11) Z. B. Oertmann § 426, 4; Staudinger § 426, A I 1 c γ.

Sowohl beim gesetzlichen Forderungsübergang (z. B. § 426 II) wie auch beim Uebergang der Hypothek kraft Gesetzes gemäß § 1173 II wird ein eigentlich mit der Befriedigung des Gläubigers durch einen der Schuldner erloschenes Gläubigerrecht[12]) dem Rückgriff unter einer Schuldnermehrheit dienstbar gemacht, um den Rückgriff von Gesetzes wegen besonders zu fördern, insbesondere durch Erwerb dinglichen Rechtes die Verwirklichung des Rückgriffsanspruchs weitgehendst zu sichern. § 1173 II stellt gewissermaßen eine Erweiterung bezw. Fortsetzung des in § 426 II und den anderen Fällen der cessio legis in Verbindung mit den §§ 412, 401 zum Ausdruck gekommenen Gedankens dar[13]). In § 426 II geht zum Zwecke des Erwerbs dinglicher Sicherung des Ausgleichsanspruchs der obligatorische Anspruch gegen den Ersatzpflichtigen über, weil diesem die Nebenrechte folgen. Bei Gesamthypothekaren, welche nur Nebenschuldner sind, kann nur unmittelbar dingliches Recht vom Rückgriffsberechtigten zu Rückgriffszwecken erworben werden. Nach § 1173 II vermittelt daher ein auf Grund irgendeines Rechtstitels gegebener obligatorischer Ersatzanspruch dem Ersatzberechtigten unmittelbar eine Sicherung in Form einer Rückgriffshypothek. Es wird somit bei der Gesamthypothek in § 1173 II dasselbe Ziel, welches bei der Gesamtschuld in § 426 II die cessio legis verfolgt, auf einfacherem, klarerem Wege erreicht und nicht erst auf dem Umwege über eine Akzessorietät zu einer gesetzlich zedierten Forderung, welche schon viel Kopfzerbrechen bereitet hat[14]).

Es geht zwar auch im Falle des § 1173 II auf den Gesamthypothekar, welcher nur Nebenschuldner ist, gemäß § 1143 die Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner kraft Gesetzes

---

12) Und zwar in den Fällen des gesetzlichen Forderungsüberganges nach § 362, hier nach § 1173 I. (Hierauf wird ausführlicher unten S. 38 f eingegangen).

13) Auch nach Oellers S. 59 entspricht § 1173 II dem § 426 II.

14) Sie hat auch manches Mißfallen gefunden. Vergl. z. B. v. Tuhr Band 1 S. 280 Anm. 41, Emmerich S. 514 f Anm. 562, auch Reichel S. 564 ff, Schulz S. 26 ff (29, 31), (s. auch unten S. 38 f). Hierzu ist zu sagen, daß auch bei der Gesamtschuld ein unmittelbarer Erwerb von Nebenrechten des Gläubigers zu Rückgriffssicherungszwecken, ähnlich wie es § 1173 II bestimmt, de lege ferenda zu begrüßen wäre. Damit würde das Zusammentreffen zweier obligatorischer Ansprüche, welche auf dasselbe Interesse gerichtet sind (vergl. § 426 I und § 426 II), vermieden. Das Gesetz will statt dessen den Grundsatz von der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung — und sei es auch nur theoretisch und auf Kosten der Klarheit — auf jeden Fall wahren. (Vergl. hierzu auch § 1138. Nach ihm kann auch die Forderung „für die Hypothek" gutgläubig erworben werden. In Wirklichkeit wird nach dieser Bestimmung jedoch nur Hypothek erworben und dem gutgläubigen Erwerber steht lediglich die dingliche Klage zu). Tacken S. 31 nimmt schon im geltenden Recht nur einen Anspruch an, „der begründet ist durch § 426 I 1, der aber eine Modifikation erfährt durch § 426 II 1". Aehnlich v. Tuhr Band 1 S. 280 f.

über. Die Rückgriffshypothek gegen einen anderen Gesamthypothekar, welcher auch nur Nebenschuldner ist, wird aber nicht wegen der Akzessorietät des dinglichen Rechts zu dieser Forderung gewährt, wie es bei einer Rückgriffshypothek, die nach den §§ 412, 401 in Anlehnung an einen gesetzlichen Forderungsübergang aus einer Einzelhypothek entsteht, der Fall ist. Denn § 1173 II schränkt die Bedeutung der §§ 412, 401, nach deren Wortlaut eigentlich im Anschluß an den Uebergang der gesamten Forderung nach § 1143 I auch die Gesamthypothek unverändert in vollem Umfange auf den befriedigenden Eigentümer übergehen müßte, ganz wesentlich ein. Es kommt in § 1173 I und II der allgemeine Satz zum Ausdruck, daß nach den §§ 412, 401 auf einen Nebenschuldner, welcher den gemeinsamen Gläubiger befriedigt hat, stets nur diejenigen Nebenrechte übergehen, welche gegen den Schuldner der übergegangenen Forderung bestehen, niemals aber auch die Rechte gegen andere Nebenschuldner[15]). Die §§ 412, 401 haben nur jeweils innerhalb der 3 Regreßlagen

Hauptschuldner gegen Hauptschuldner oder
Nebenschuldner gegen Hauptschuldner oder
Nebenschuldner gegen Nebenschuldner

Bedeutung. Aus der Regreßlage des Nebenschuldners gegen den Hauptschuldner kann sich niemals auf dem Wege über die §§ 412, 401 zugleich die Regreßlage gegen einen anderen Nebenschuldner gestalten[16]). Für letztere, und damit den gesetzlichen Uebergang von Gläubigerrechten gegen einen anderen Nebenschuldner sind besondere Gesichtspunkte maßgebend. Deshalb bestimmt § 1173 II, daß die Gesamthypothek nur insoweit zur Rückgriffshypothek wird, als es dem besonderen Rückgriffsverhältnis der Gesamthypothekare untereinander entspricht. Es wird ein Ersatzanspruch vorausgesetzt, welcher sich in erster Linie aus den erörterten vertraglichen Beziehungen der Hypothekare untereinander ergeben kann.

b) Die Rückgriffshypothek auf Grund gesetzlichen Rückgriffs.

Bei Einfügung des § 1173 II in das Gesetz hat man an diejenigen Fälle gedacht, in denen sich aus besonderen vertraglichen Vereinbarungen der Gesamthypothekare bereits ein Ersatzanspruch ergibt.

15) Im wesentlichen übereinstimmend: Bendix S. 90, Breit in Gruch. Band 48 S. 290 f, Tacken S. 18, Oellers S. 51; siehe auch Sternberg S. 549 ff (556), Strohal in Jher.J. Band 61 S. 95 ff. (A. M. Planck § 1225, 2c).

16) Das wird besonders deutlich bei der Mitbürgschaft. Hier gehen die Rechte gegen einen anderen Mitbürgen auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, nicht etwa nach den §§ 774, I, 412, 401 im vollen Umfange über, sondern nach den §§ 774 II, 426 nur teilweise. Beispiel: Hat von zwei Mitbürgen der eine für seine Bürgschaftsschuld eine Hypothek bestellt, und der andere befriedigt den Gläubiger, so erwirbt dieser nach § 774 I die Forderung gegen den persönlichen Schuldner. Dagegen erwirbt er nicht zugleich nach den §§ 412, 401 die ganze Forderung gegen den Mitbürgen, und damit wiederum die ganze Hypothek an dessen Grundstück als Rückgriffshypothek. Unter den Mitbürgen gestalten sich vielmehr, da es sich bei der Mitbürgschaft um eine weitere selbständige Regreßlage handelt, die Beziehungen wie folgt: Die Forderung gegen den Mitbürgen geht nach den §§ 774 II, 426 II nur teilweise über und erst jetzt vermitteln die §§ 412, 401 in entsprechendem Umfange eine Rückgriffshypothek (vergl. hierzu Tacken S. 39).

Nach Tacken S. 18 f ergibt sich der engere Uebergang anderer Nebenrechte bereits ohne weiteres aus § 401, da der Nachdruck im § 412 auf dem Wörtchen „entsprechende" liege, das zu dieser engeren Anwendung des § 401 führe. Dann ist aber wiederum die Bedeutung der §§ 774 II, 1173 II nicht recht klar. Es erscheint richtiger, insbesondere mit Breit a. a. O. anzunehmen, daß in den §§ 774 II, 1173 II ein allgemeiner Grundsatz, welcher die §§ 412, 401 einschränkt, Ausdruck gefunden hat. Entsprechendes wie für die Mitbürgschaft gilt nach den §§ 1225, 774 II, 426 für mehrere Verpfänder.

Hat also im obigen Beispiel etwa auch der Hauptschuldner für seine Schuld eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt, so kommen die §§ 412, 401 für die beiden Regreßlagen Mitbürge gegen Mitbürge und Mitbürge gegen Hauptschuldner jeweils getrennt, also doppelt zur Anwendung. Und zwar gestaltet sich die Regreßlage Mitbürge gegen Hauptschuldner wie folgt: Die Forderung gegen den Hauptschuldner geht nach § 774 I über, die Hypothek gegen ihn nach den §§ 412, 401. Für die Regreßlage Mitbürge gegen Mitbürge gilt das bereits Gesagte. Die §§ 412, 401 werden im Anschluß an die §§ 774 II, 426 II erneut wirksam.

17) § 2168 bestimmt entsprechendes für die Gesamtgrundschuld und Gesamtrentenschuld.

Zu den vertraglichen Ersatzansprüchen tritt jedoch in einem Sonderfall noch ein ausdrücklich gesetzlich begründeter Rückgriffsanspruch hinzu, welcher gleichfalls eine Rückgriffshypothek aus § 1173 II vermittelt. Er ist überall dort gegeben, wo nach dem Tode eines Grundstückseigentümers im Wege des Vermächtnisses eine Mehrheit von Hypothekaren entsteht. §§ 2166 ff.

Ist ein Grundstück, das zur Erbschaft gehört, und einem Dritten vermacht ist, mit einer Hypothek (Einzelhypothek) für eine Schuld des Erblassers oder für eine Schuld belastet, zu deren Berichtigung der Erblasser dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, so ist nach § 2166 I der Vermächtnisnehmer im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers insoweit verpflichtet, als die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird. Sind neben dem vermachten Grundstück auch noch andere zur Erbschaft gehörende Grundstücke mit der Hypothek belastet, besteht also eine Gesamthypothek, so beschränkt sich nach § 2167 die im § 2166 bestimmte Verpflichtung des Vermächtnisnehmers im Zweifel auf den Teil der Schuld, welcher dem Verhältnisse des Wertes des vermachten Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht[17]).

Es interessiert hier in erster Linie der in § 2166 aufgeführte zweite Fall, daß die Gesamthypothek für eine Schuld besteht, zu deren Berichtigung der Erblasser dem persönlichen Schuldner gegenüber (z. B. auf Grund einer im Kaufvertrag über das Grundstück zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Erblasser vereinbarten Erfüllungsübernahme, § 415 III) verpflichtet ist. Der persönliche Schuldner ist hier also eine dritte Person, und der Erblasser hat dem Gläubiger gegenüber nur die Stellung eines Nebenschuldners, ebenso dann aber auch der Erbe und der Vermächtnisnehmer[18]).

In den §§ 2166 f wird der § 1132 ergänzt. Die Haftung eines jeden einzelnen Grundstücks auf das Ganze, und das freie Wahlrecht des Gläubigers aus § 1132 bleiben auch in den Fällen der §§ 2166 f unverändert bestehen. Es wird aber im Innenverhältnis unter den mit der Hypothek Belasteten (Erbe und Vermächtnisnehmer) die Haftungslast gemäß dem mutmaßlichen Willen des Erblassers nach dem Verhältnis der Grundstückswerte aufgeteilt. Als mutmaßlicher Wille des Erblassers wird unterstellt, was der Billigkeit entspricht.

Nach dem Wortlaut der §§ 2166 f findet die innere Aufteilung der Hypothekenschuld allerdings nur zu Gunsten des Erben statt. Es wird nur von einer Pflicht des Vermächtnisnehmers gegenüber dem Erben gesprochen. Lang[19]) gewährt deshalb auch nur dem Erben, welcher über seinen Anteil aus dem Innenverhältnis nach § 2167 hinaus in Anspruch genommen worden ist, einen Rückgriffsanspruch, während er einem vom Gläubiger in Anspruch genommenen Vermächtnisnehmer jeglichen Ersatzanspruch versagt. Eine innere Aufteilung der Hypothekenschuld entspricht zwar seiner Ansicht nach auch in diesem Falle dem vermutlichen Willen des Erblassers, das BGB habe jedoch diesen Fall übersehen.

Es ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, daß ein mangelhafter Gesetzeswortlaut niemals zu unbefriedigenden Ergebnissen führen darf. Das Gesetz ist im Wege der Auslegung so zu ergänzen, daß es den Verhältnissen gerecht wird. Es wäre unverständlich, wenn

18) Die Verpflichtung des Vermächtnisnehmers zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers besteht jedoch nach § 2166 II insoweit nicht, als der Erbe die Berichtigung schon von einem Dritten, der dem Erblasser gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, erlangen kann. Beispiel: A schuldet dem B 1000 RM und C und D bestellen hierfür eine Gesamthypothek. C ist dem A gegenüber zur Abtragung der Schuld verpflichtet. Zwischen C und D ist wiederum vereinbart, daß D den Gläubiger B zu befriedigen habe. Stirbt nunmehr C und wird von E beerbt, während dem F ein Teil seines Grundstücks als Vermächtnis zufällt, so ist F insoweit nicht zur anteilsmäßigen Befriedigung des B verpflichtet, als E die Berichtigung schon von D erlangen kann.

19) S. 320.

im Verhältnis zwischen Erbe und Vermächtnisnehmer der Erbe besonders und ungerecht gegenüber dem Vermächtnisnehmer bevorzugt würde, während doch offenbar gerade ein gerechter Ausgleich zwischen beiden vom Gesetz beabsichtigt ist. Nach Lang's Ansicht würde es ganz von der Willkür des Gläubigers oder vom Zufall abhängen, wie sich das Innenverhältnis zwischen Erbe und Vermächtnisnehmer gestaltet. Wird der Erbe vom Gläubiger in Anspruch genommen, so würde nach Lang eine Aufteilung dahin stattfinden, daß der Vermächtnisnehmer nur einen verhältnismäßigen Beitrag zu leisten hätte. Hält sich umgekehrt der Gläubiger zunächst an den Vermächtnisnehmer, so träfe diesen die ganze Haftungslast endgültig. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Regelung nicht Sinn des Gesetzes sein kann. Man wird § 2166 und § 2167 vielmehr dahin auszulegen haben, daß sie Erbe und Vermächtnisnehmer gleichermaßen zu gute kommen. Sowohl Erbe wie Vermächtnisnehmer haben gegeneinander einen anteilsmäßigen Rückgriff, welcher sich in der Höhe nach dem Wertverhältnis der Grundstücke richtet[20]) [21]).

§ 2166 und § 2167 sind sogar unter mehreren Vermächtnisnehmern von gesamthypothekarisch belasteten Grundstücken entsprechend anzuwenden. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb das, was zwischen Erbe und Vermächtnisnehmer gilt, nicht auch im Verhältnis mehrerer Vermächtnisnehmer zueinander maßgebend sein soll. Genauso wie Erbe und Vermächtnisnehmer sind auch mehrere Vermächtnisnehmer untereinander nach dem mutmaßlichen Willen des Erblassers aus der Hypothek an den vermachten Grundstücken im Innenverhältnis gleichmäßig zu belasten. Keiner von ihnen soll durch Zufall oder Willkür besonders benachteiligt oder bevorzugt, sondern die Haftungslast gerecht auf alle Bedachten verteilt werden. Es wird nichts im Wege stehen, aus diesen Erwägungen heraus einem Vermächtnisnehmer, welcher vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, unmittelbar gegen den oder die anderen Vermächtnisnehmer von Grundstücken, welche mit derselben Hypothek belastet sind, einen gesetzlichen Rückgriffsanspruch aus den §§ 2166 f zu gewähren. Es wäre unverständlich, weshalb die Verteilung der Haftungslast nach den §§ 2166 f etwa nur auf dem Umwege über den Erben erreicht werden sollte.

20) So z. B. auch Strohal Erbrecht S. 240 f (s. insbesondere dort das Beispiel). Es zeigt sich hier ebenso wie in manchen anderen Fällen, wie wenig durchdacht die Rückgriffsregelungen des Gesetzes sind.

21) Der anteilsmäßige Rückgriff errechnet sich auch nur nach dem Teil der Hypothekenschuld, dessen Abtragung der Erbe nicht schon von einem Dritten verlangen kann. § 2166 II. Befriedigt der Vermächtnisnehmer notgedrungen auch den Gläubiger insoweit, als der Dritte dem Erben gegenüber verpflichtet ist, so muß er sich wegen dieses Teiles „vom Erben durch

Hat z. B. der A, welcher von B beerbt wurde, von zwei mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücken das eine dem C, das andere dem D vermacht, so könnte sich der C nach den §§ 2166 f, wenn er den Hypothekengläubiger befriedigt, streng genommen nur an B halten, der wiederum einen Rückgriff gegen D hätte. Es dürfte aber dem Sinne des Gesetzes keineswegs entgegenstehen, wenn man zu dem gleichen Endergebnis auf kürzerem Wege gelangt, indem man die Pflicht zur anteilsmäßigen Befriedigung des Gläubigers, die nach den §§ 2166 f nur im Verhältnis zwischen B (Erbe) und C bezw. D (Vermächtnisnehmer) besteht, auch im Verhältnis der Vermächtnisnehmer C und D untereinander annimmt, und damit einen unmittelbaren Rückgriff des einen Vermächtsnisnehmers gegen den anderen gewährt[22]).

Es kann also nach den §§ 2166 f einem Erben gegen einen Vermächtnisnehmer oder einem Vermächtnisnehmer gegen den Erben oder einem Vermächtnisnehmer gegen einen anderen Vermächtnisnehmer ein Ersatzanspruch zustehen, der ebenso wie ein vertraglicher Rückgriffsanspruch nach § 1173 II eine Rückgriffshypothek vermittelt.

Wie ist nun aber in allen anderen Fällen zu verfahren, in denen unter den Eigentümern keinerlei vertragliche Beziehungen bestehen, die einen Ausgleichsanspruch begründen? Es können z. B. zwei Eigentümer aus Gefälligkeit[23]) gegenüber dem persönlichen Schuldner eine Gesamthypothek an ihren Grundstücken bestellt, aber keinerlei Vereinbarung getroffen haben, wie sich die Haftungslast im Innenverhältnis bei evtl. Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen verteilen soll. Ebenso bestehen in der Regel wohl kaum vertragliche Beziehungen unter den Eigentümern, wenn sie die Grundstücke bereits belastet erworben haben. Z. B. der A belastet sein Grundstück für eine Darlehnsschuld mit einer Hypothek. Später läßt er es in zwei Parzellen aufteilen, welche er getrennt an B und C veräußert. Oder: B und C haben für eine Schuld des A ihre Grundstücke mit einer Gesamthypothek belastet. Später veräußern sie ihre Grundstücke weiter an D und E. Selbst wenn zwischen B und C noch eine Vereinbarung bestand, welche die Verteilung der Haftungslast im Innenverhältnis regelte, fehlt es nunmehr zwischen den neuen Eigentümern D und E an vertraglichen

---

Abtretung des diesem gegen den Dritten zukommenden Regreßanspruchs abfinden lassen." Strohal a. a. O.

22) Lang a. a. O. begnügt sich auch hier wieder mit der Feststellung, daß das Gesetz diesen Fall übersehen habe, obwohl hier ebensogut ein Rückgriff stattfinden müßte.

23) Etwa mit Rücksicht auf verwandtschaftliche Beziehungen.

Beziehungen[24]). Soll hier der eine Eigentümer, welcher vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, allein den Schaden tragen, oder kann er wenigstens einen Teil davon auf den anderen Eigentümer abwälzen?

Besondere Bedeutung hat diese Frage nach der Rückgriffsmöglichkeit auf einen anderen Gesamthypothekar — wie überhaupt Nebenschuldner — naturgemäß nur dann, wenn der persönliche Schuldner zahlungsunfähig ist[25]). Ohne Zahlungsunfähigkeit des persönlichen Schuldners wäre der Eigentümer in der Lage, schon von diesem vollen Ersatz zu erlangen, da er stets zum Zwecke des Rückgriffs auf den persönlichen Schuldner die Gläubigerforderung gemäß § 1143 I kraft Gesetzes erwirbt. Erst wenn diese Forderung nicht verwertbar ist, drängt die Billigkeit und ein gesundes Rechtsempfinden dahin, den Schaden auf die mehreren Eigentümer zu verteilen[26]). Anderenfalls würde jeder, wie es Heck einmal genannt hat, den heiligen Florian als Schutzheiligen anrufen[27]). Es könnte auch mit Hilfe des freien Wahlrechts des Gläubigers zu unlauteren Geschäften kommen[28]). Gleichwohl lehnt die weitaus herrschende Meinung einen gesetzlichen Ausgleich ab; m. E. jedoch zu Unrecht.

Die herrschende Meinung stützt sich in der Hauptsache auf den Wortlaut des Gesetzes, der sich mehrfach in den Fällen des Rückgriffs als unzuverlässig erweist[29]). Er kann auch hier nicht ausschlaggebend sein.

Nach dem Wortlaut des § 1173 II[30]), der auch den bisherigen Ausführungen zu Grunde gelegt wurde, wird das Bestehen eines Innenverhältnisses, aus dem sich bereits ein Ausgleichsanspruch er-

---

24) Sofern D und E nicht neben den Kaufverträgen mit B bezw. C auch noch untereinander Vereinbarungen über das Innenverhältnis getroffen haben.

25) Dies wird meist der Fall sein, wenn ein Gesamthypothekar oder anderer Nebenschuldner in Anspruch genommen wird, da anderenfalls der Gläubiger vermutlich bereits vom persönlichen Schuldner befriedigt worden wäre, und er es nicht nötig gehabt hätte, sich an einen Gesamthypothekar oder anderen Nebenschuldner zu halten.

26) Ebenso wie ein Mitbürge neben dem Anspruch aus § 774 I gegen den Hauptschuldner nach § 774 II noch einen weiteren Anspruch gegen einen Mitbürgen hat, der ihn auf jeden Fall teilweise entlastet.

27) S. 132. Heck hat dabei offenbar an den alten Vers gedacht:

O heiliger St. Florian,
verschon mein Haus,
zünd andre an.

28) Vergl. z. B. Marcusen S. 252 ff, 256 ff; Hachenburg Beiträge S. 131.

29) Z. B. in den §§ 2166 f (vergl. S. 12 ff), 412, 401, bezüglich der §§ 774 I und II, 1225 Satz 1 und 2 (vergl. S. 10), in § 1173 II (vergl. S. 81 f), in § 1143 (vergl. S. 40 f, 53 f), in § 1174 II (vergl. S. 57 f), auch in den §§ 1163 (vergl S. 66), 1166 (vergl. S. 92), 776, 1165 (vergl. S. 83).

30) „Kann der Eigentümer ... Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek ... über".

gibt, vorausgesetzt. § 1173 II gewährt keinen Ausgleich, sondern setzt einen anderweitig bereits bestehenden Ausgleich voraus und will diesen mit dinglicher Sicherung ausstatten. Hieraus folgert die herrschende Meinung, daß nur auf Grund besonderer vertraglicher Beziehungen oder auf Grund der §§ 2166 f unter den Eigentümern ein Ausgleich stattfinden könne, da im Gesetz nirgends ein allgemeiner gesetzlicher Ausgleich unter Gesamthypothekaren angeordnet sei. Die Gesamthypothek sei „an sich regreßlos"[31]).

Dieses Ergebnis erscheint teilweise selbst denen unbefriedigend, die glauben, auf Grund des Gesetzeswortlauts zu ihm kommen zu müssen. So äußert z. B. Lang[32]) Bedenken, da es häufig an einem besonderen Rückgriffsverhältnis der Eigentümer untereinander fehlen werde. Koban[33]) hält in diesen, auch seiner Ansicht nach nicht seltenen Fällen, eine allgemeine Verteilung der Haftungslast für besser als die — seiner Ansicht nach — vom Gesetz bestimmte Regreßlosigkeit. Die schwersten Bedenken macht Marcusen[34]) geltend, der die Mißstände und unlauteren Machenschaften aufzeigt, die sich aus einem freien Wahlrecht des Hypothekengläubigers (§ 1132) ohne gesetzlichen Rückgriff unter den Eigentümern ergeben können, und zu denen das Gesetz selbst die Hand bietet[35]). Er fordert, daß auf jeden Fall die Wahlfreiheit des Hypothekengläubigers durch eine allgemeine Ausgleichung ergänzt werden müsse[36]). Marcusen setzt sich aber nur de lege ferenda für einen allgemeinen Ausgleich ein. Er glaubt, ihn im heutigen Recht vor allem deshalb nicht verwirklichen zu können, weil das BGB am Dogma des freien Wahlrechts nicht habe rütteln wollen[37]). In Wahrheit wird aber durch den Ausgleich das freie Wahlrecht des Gläubigers hier ebensowenig wie bei der Gesamtschuld geschmälert, denn der Rückgriff läßt die Gläubigerrechte unberührt und schafft nur Rechtsbeziehungen unter den mehreren Schuldnern. Es

31) So Wolff § 148 VI, § 160 Anm. 8. Ferner: Strohal in Jher. J. Band 61 S. 90, Planck § 1225, 2 c; Koban S. 201 f; G. Müller S. 84, 89; Bruck S. 208 Anm. 19: Sternberg in Gruch. Band 52 S. 548; Brinck S. 97; Lang S. 318; Marcusen S. 273 f; Emmerich S. 516 f Anm. 564; Tasse S. 37 f; O. v. Gierke D.Pr. Band 2 S. 937. Bei der Mehrpfänderschaft nimmt hingegen ein großer Teil derselben Schriftsteller einen allgemeinen Ausgleich an, obwohl doch hier wie dort die Interessenlage der dinglichen Schuldner die geiche ist. Freilich berufen sie sich auch dort wieder auf den Wortlaut des Gesetzes. Vergl. S. 30 Anm. 98.

32) S. 316 Anm. 134.

33) S. 202.

34) S. 252 ff.

35) Marcusen gebraucht in diesem Zusammenhang recht harte Worte. So erklärt er, man denke hier unwillkürlich an das Wort: fiat iustitia pereat mundus. S. 256.

36) S. 264.

37) S. 265 ff insebesondere S. 267.

ist in Wirklichkeit kein ausreichender Grund vorhanden, den allgemeinen Ausgleich, den Marcusen de lege ferenda vorschlägt, auch schon im heutigen Recht zur Geltung zu bringen, wie im einzelnen noch darzutun sein wird. Wenn er von der Gesetzgebung sagt[38]), sie solle „nicht nur formal richtig sein, sondern auch ihrer sozialen Aufgabe gerecht werden", so hat dies in gleicher Weise für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes Richtschnur zu sein[39]).

Eine Reihe Schriftsteller lassen deshalb mit Recht auch unter Gesamthypothekaren einen allgemeinen Ausgleich zu[40]). Sie lassen nicht, wie die heute noch herrschende Ansicht, allein den Gesetzeswortlaut, sondern auch die Billigkeit, wie sie sich aus der Interessenlage der Schuldnermehrheit ergibt, maßgebend sein und versuchen, einen allgemeinen Ausgleich mit dem Gesetz in Einklang zu bringen. § 426 I ist hierbei für sie die maßgebliche gesetzliche Bestimmung[41]).

Bevor auf Einzelheiten, insbesondere die verschiedenen Ansichten darüber, wie der allgemeine Ausgleich durchzuführen sei, eingegangen wird, erscheint es angebracht, kurz die Entstehungsgeschichte der Rückgriffsbestimmungen der §§ 1173 f, 1182 zu erörtern, da zuweilen auf die Motive zum ersten Entwurf des BGB zur Begründung der Ablehnung eines allgemeinen Ausgleichs Bezug genommen wird[42]).

Der erste Entwurf und die Motive lehnen allerdings in Anlehnung an das damalige preußische Recht eine gesetzliche Regelung oder Förderung des Ausgleichs unter Gesamthypothekaren ab[43]). Bei der zweiten Lesung wurde jedoch zum Rückgriffsproblem eine grundlegend andere Stellung eingenommen, die auch zur Aufnahme der heutigen §§ 1173 f, 1182 in das Gesetz führte. Die Motive sind daher als Auslegungsmittel hier ganz und gar ungeeignet[44]).

38) S. 264.

39) Aehnlich wie Marcusen hält auch Kohler S. 470 ff die Bestimmungen des BGB über den Rückgriff unter Gesamthypothekaren für verfehlt.

40) Schmidt S. 98, Bendix S. 90 ff, Leonhardt S. 730, 736 ff, Oellers S. 57 ff (59), Breit S. 293. Auch Schulz S. 70 f, Hachenburg Beiträge S. 140 ff (142).

41) Hachenburg a. a. O. leitet ihn allerdings aus § 1172 ab. Und Schulz S. 67 hält es für verkehrt und überflüssig, den Ausgleichsanspruch aus § 426 herzuleiten. Er gewährt ihn ohne Rücksicht auf eine gesetzliche Grundlage (S. 67, 71).

42) Z. B. Planck § 1225, 2c; Sternberg S. 548.

43) Das war nicht nur bei der Gesamthypothek, sondern z. B. auch bei der Mehrpfänderschaft der Fall. Erst im Entwurf II waren Vorschriften enthalten, die dem heutigen § 1225, 2 (774 II) entsprechen und eine allgemeine Ausgleichung zulassen.

44) Im Entwurf I wird auf die Gesamthypothek nur in den §§ 1071, 1078 und 1094 Absatz 3 Satz 2 eingegangen.
Der Hauptparagraph, § 1078, lautet:

Die Verfasser des Entwurfs I waren bezüglich des Ausgleichsproblems der Ansicht, daß es schwerlich gelingen würde, eine der Gerechtigkeit entsprechende Ausgleichsweise zu finden[45]). Man verzichtete deshalb überhaupt darauf, der Gerechtigkeit in irgendeiner Form zu entsprechen, eben weil es schwierig sein könnte.

Die Einstellung des Entwurfs I und der Motive ist vor allem durch die Entwicklung, welche das Ausgleichsproblem bei der Gesamthypothek in der Gesetzgebung der einzelnen Länder, insbesondere Preußens genommen hatte, bestimmt worden[46]). Im älteren preußischen Recht hatte man versucht, das freie Wahlrecht des Gläubigers, aus welchem der Grundstücke er sich befriedigen wolle, durch eine gesetzliche Ausgleichung zu ergänzen, um die Folgen von Zufall und Willkür möglichst einzuschränken.

In der Konkursordnung der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten[47]) war eine Ausgleichung vorgesehen, welche sich nach dem Verhältnis der Grundstückswerte richtete. Sie stellte

---

„Besteht die Hypothek für dieselbe Forderung an mehreren Grundstücken, so kann der Gläubiger nach seiner Wahl aus allen belasteten Grundstücken oder aus mehreren oder aus einem derselben Befriedigung verlangen."

„Soweit der Gläubiger im Wege der Zwangsverwaltung oder der Zwangsvollstreckung aus einem der belasteten Grundstücke befriedigt ist, erlischt die Hypothek in Ansehung aller belasteten Grundstücke."

Absatz 1 entspricht dem § 1132 des BGB (Vorschrift über das freie Wahlrecht des Gläubigers). Absatz 2 entspricht dem heutigen § 1181 Absatz 2. § 1071 des Entwurfs 1 sagt im Hinblick auf § 1078 I etwas überflüssiges, wenn er bestimmt, daß die Hypothek, wenn mehrere Grundstücke mit ihr belastet sind, „an jedem Grundstücke für die ganze Forderung" besteht.

§ 1094 behandelt die Eigentümerhypothek und die Hypothek des Eigentümers. Sein Absatz 3 lautet:

„Ist der den Gläubiger befriedigende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so wird nur die Hypothek auf ihn übertragen (Eigentümerhypothek). Die Eigentümerhypothek erstreckt sich auch auf das mitbelastete Grundstück."

Was mit dem zweiten Satz eigentlich gemeint ist, insbesondere ob man damit dem befriedigenden Gesamthypothekar und persönlichen Schuldner etwa auch die Möglichkeit geben wollte, die Hypothek am anderen Grundstück geltend zu machen, wird nicht recht klar. Auch wenn man die Motive heranzieht, wird diese Bestimmung kaum verständlicher. Es heißt dort auf Seite 729 des 3. Bandes nur: „Die weitere Vorschrift, daß die Eigentümerhypothek auch auf das mitbelastete Grundstück eines Dritten sich erstreckt, dient dazu, der Eigentümerhypothek die Lebensfähigkeit in denjenigen Gebieten zu sichern, in welchen die Verpfändung mehrerer Grundstücke für dieselbe Forderung üblich ist. Die Erstreckung ist vielleicht eine notwendige Konsequenz aus dem Wesen der Eigentümerhypothek. Bei der Neuheit dieses Rechtsinstituts in großen Gebieten des Reiches erscheint es indessen ratsam, sie in dem Gesetzbuch auszusprechen."

45) Motive Band III S. 685 ff.

46) Lang S. 292 Anm. 95. Für das preußische Recht siehe vor allem Dernburg Pr. Hypothekenrecht S. 169 ff.

47) AGO I 50 § 521 ff insbesondere 522.

die verschiedenen Grundstücke in den Mittelpunkt der Ausgleichung, und nicht wie das BGB die verschiedenen Eigentümer. Das beruhte darauf, daß die Ausgleichung nicht im Interesse des vom Gläubiger belangten Eigentümers, sondern im Interesse der Nachhypothekare vorgesehen war. Es war außerdem, da es sich um eine konkursrechtliche Bestimmung handelte, nur der Fall im Gesetz geregelt, daß die verschiedenen Grundstücke sich in der Hand desselben Eigentümers, nämlich des Gemeinschuldners, befanden. Die Ausgleichung kam bei einer Versteigerung eines weiteren mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücks des Gemeinschuldners unmittelbar den ausgefallenen Nachhypothekaren des zuvor versteigerten Grundstücks zu gute.

Ob und wie ein Ausgleich unter verschiedenen Eigentümern stattfinden soll, war auch damals im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Hier schuf das Obertribunal, um zu einer billigen Entscheidung zu kommen, einen Ausweg, der mit dem Stand der Frage im heutigen Recht Aehnlichkeit hat. Es entschied dahin, daß die Eigentümer unter sich auch ohne besonderen Vertrag zur Befriedigung des Gläubigers einen verhältnismäßigen Beitrag zu leisten haben[48]). Zur Begründung führte es aus, daß die Eigentümer „vermöge der Solidarverhaftung ihrer Grundstücke in dem Verhältnis von Mitverpflichteten" stünden. Es wandte deshalb die Vorschriften des ALR über passive Korrealschulden an[49]), wonach mehrere Mitverpflichtete unter sich zu einem verhältnismäßigen Beitrag verpflichtet sind, sodaß eine Ausgleichung gegeben sei. Als Maßstab wurde für diesen Ausgleich das Wertverhältnis der Grundstücke, so wie es in den §§ 521 f Titel 50 der Prozeßordnung der AGO im Konkursverfahren für den Ausgleich unter den Grundstücken des Gemeinschuldners vorgesehen war, zu Grunde gelegt.

Die Regelung der AGO wurde später in der Konkursordnung vom 8. 5. 1855 im § 56 aufrecht erhalten[50]). Auch das Ober-Tribunal hielt in der Folgezeit an seiner Rechtsprechung fest, daß der Eigentümer, welcher den Hypothekengläubiger befriedigt, einen Rückgriff nach dem Wertverhältnis der Grundstücke habe[51]).

Es hatten sich nun dadurch, daß man von einem Rückgriffsanspruch der nachstehenden Gläubiger auf den Versteigerungserlös des anderen, mitbelasteten Grundstücks desselben Eigentümers ausgegangen war, und dieser Anspruch der ausgefallenen Gläubiger „sogleich nach jeder früheren Kaufgeldverteilung in das Hypothekenbuch der übrigen Grundstücke bei der Forderung von Amts we-

---

48) Entscheidungen des Ober-Tribunals Band 12 S. 168 ff.

49) Siehe vor allem ALR § 444 f Titel 5 Teil I.

50) Dernburg a. a. O. S. 171, 177.

51) Obertribunal Band 52 S. 440 ff (447) und die dort zitierten Entscheidungen.

gen einzutragen" war[52]), Mißstände herausgebildet. Das Grundbuch wurde „mit schwer verständlichen, dem Publikum schlechthin rätselhaften Vermerken zu Gunsten der oft zahlreichen bei der Subhastation mitverhafteter Grundstücke ausgefallenen Gläubiger überfüllt; das Gesetz gab keine Mittel zur genaueren Bestimmung ihrer Ansprüche innerhalb absehbarer Fristen an die Hand"[53]). Diese Mißstände wurden nun auf dem einfachen Wege beseitigt, daß man durch neue gesetzliche Bestimmungen den Ausgleich unter den Grundstücken desselben Eigentümers zu Gunsten von Nachhypothekaren, wie er sich aus § 56 KO ergab, überhaupt abschaffte[54]). Damit wurde zugleich der Rechtsprechung des Ober-Tribunals, welches über die gesetzliche Bestimmung des § 56 KO hinaus einen Rückgriff des einen Eigentümers gegen einen anderen nach den Grundsätzen der Gesamtschuld angenommen hatte, ein Ende bereitet.

Diesen Rechtszustand übernahm auch der Entwurf I des BGB. Die Motive[55]) zeigen, daß man sich wie im späteren preußischen Recht von den Schwierigkeiten einer Ausgleichung zu Gunsten nachstehender Gläubiger gegenüber einem anderen mit der Gesamthypothek belasteten Grundstück desselben Eigentümers schrecken ließ. Man fand deshalb die Ausgleichsfrage „noch bedenklicher"[56]), wenn die Grundstücke verschiedenen Personen gehören, da auch hier die Vorstellung des Ausgleichs zu Gunsten der nachstehenden Gläubiger maßgebend blieb. Denn man hatte Furcht vor unbilligen Ergebnissen, wenn etwa gar das Gesetz noch vorschreiben würde, „daß die Korrealhypothek zunächst aus demjenigen Grundstück befriedigt werden solle, welches nicht mit Nachhypotheken belastet ist"[57]). Die viel wichtigere Frage nach dem Ausgleich des Eigentümers, welcher den Gläubiger befriedigt, gegenüber einem anderen Eigentümer fiel bei dieser Sorge ganz aus.

Die Einstellung des BGB zu dem Ausgleichsproblem ist demgegenüber eine grundsätzlich andere. Seine §§ 1173 f, 1182, welche Ausgleichsregeln für die Gesamthypothek enthalten, wurden bei der zweiten Lesung in den Gesetzentwurf eingefügt. Es wurde nicht mehr der Ausgleich zu Gunsten von nachstehenden Gläubigern gegenüber anderen Grundstücken desselben Eigentümers im Konkurs- und Zwangsversteigerungsverfahren in den Mittelpunkt der Erörte-

52) § 56 der KO vom 8. 5. 1855.
53) Dernburg a. a. O. S. 178.
54) Dernburg a. a. O. S. 178 f.
55) S. 686.
56) S. 686.
57) S. 686. Zugleich erhellt daraus, daß man fürchtete, mit einer Ausgleichung das freie Wahlrecht des Gläubigers einzuschränken. In Wahrheit schränkt die Ausgleichung das Wahlrecht nicht ein, sondern ist nur eine nachträgliche Berichtigung seiner unbilligen Folgen.

rung gestellt, sondern man ging ganz richtig von dem Ausgleich unter den verschiedenen Eigentümern aus. Man schuf Ausgleichsvorschriften zu Gunsten des Eigentümers, welcher den Gläubiger befriedigt hat. Man wird deshalb einen gesetzlichen Rückgriff nach dem BGB auch nicht mit der Begründung ablehnen können, daß der gesetzliche Rückgriff bereits im preußischen Recht eine Rolle gespielt habe, und angesichts dieser Vorgeschichte anzunehmen sei, daß das BGB einen gesetzlichen Rückgriff ausgeschlossen habe[58]). Die Einstellung des älteren preußischen Rechts und des BGB zum gesetzlichen Rückgriff unter Gesamthypothekaren sind schon wegen des entgegengesetzten Ausgangspunktes für seine Behandlung recht verschieden[59]).

Allerdings haben die Verfasser des BGB mit den Vorschriften der §§ 1173 f, 1182 nur einen anderweitig bereits gegebenen Ausgleichsanspruch des Eigentümers sichern wollen. Sie haben die Einstellung des ersten Entwurfs, der jegliche Förderung und dingliche Sicherung eines etwaigen Ausgleichsanspruchs ablehnte, mit „Rücksicht auf die materielle Billigkeit und die Analogie der zur Lehre vom Gesamtschuldverhältnisse getroffenen Bestimmungen" verworfen[60]). Weiterhin waren sie der Ansicht, „es liege nahe, den Eigentümer des Grundstücks, aus welchem die Befriedigung erfolgte, in Höhe seines Ausgleichsanspruchs in die Rechte des Gläubigers eintreten zu lassen. Es spreche hierfür die Analogie der für das Gesamtschuldverhältnis beschlossenen Vorschriften"[61]).

Man ging also auch bei der Abfassung der Bestimmungen über die Gesamthypothek von der Analogie zur Gesamtschuld aus. Den Gedanken aber folgerichtig durchzuführen und wie bei der Gesamtschuld einen gesetzlichen Ausgleich zu schaffen, hat man freilich unterlassen. Indem man auf die Analogie zur Gesamtschuld verwies, hatte man nur den Absatz 2 des § 426, den Uebergang der Gläubigerrechte für einen anderweitig bereits gegebenen Ersatzanspruch im Auge. Welche Gründe im einzelnen dafür maßgebend waren, nicht auch den Grundsatz des § 426 Abs. 1 über einen allgemeinen Ausgleich in die gesetzlichen Bestimmungen über die Gesamthypothek zu übernehmen, wie es gleichfalls der Billigkeit entspricht, und ob man sich mit dieser Frage überhaupt näher befaßt hat, geht leider aus den Protokollen nicht hervor. Es ist nur bei-

58) So z. B. Heck S. 133.
59) Heute fallen auch von Amts wegen vorzunehmende, verwirrende Eintragungen fort, wie sie § 56 der KO vom 8. 5. 1855 anordnete, und welche im späteren preußischen Recht Anlaß gaben, die Förderung jeglichen Rückgriffs abzulehnen.
60) Protokolle Band 3 S. 625.
61) A. a. O. S. 626.

läufig gesagt, daß man von einer „gesetzlichen Verteilung der Haftung Abstand nehme"[62]).

Es ist aus den vorstehenden Gründen jedenfalls eine Berechtigung, zur Begründung der Ablehnung eines allgemeinen Ausgleichs auf die Motive zum BGB zu verweisen[63]), nicht gegeben. Die Entwicklungsgeschichte der heutigen Bestimmungen über die Gesamthypothek weist vielmehr in Richtung einer der Billigkeit entsprechenden Ausgestaltung des Instituts der Gesamthypothek im Hinblick auf die Analogie zur Gesamtschuld. Es ist nur eine folgerichtige Weiterentwicklung der für die zweite Kommission maßgeblichen Erwägungen, wenn man entsprechend dem § 426 I auch für die Gesamthypothek eine im Zweifel eingreifende allgemeine Ausgleichsregel annimmt, die wiederum den Uebergang der Gläubigerrechte nach § 1173 II — entsprechend dem § 426 II — zur Folge hat[64]).

Gegen die Annahme eines allgemeinen Ausgleichs kann auch nicht geltend gemacht werden, daß aus der Fassung des § 1173 II hervorginge, daß ein allgemeiner Ausgleich mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren sei, da § 1173 I das Erlöschen der Hypothek an den Grundstücken anderer Eigentümer als Regel behandelt habe. Darauf hat bereits Schmidt[65]) hingewiesen. Er führt aus, daß auch an anderen Stellen im Gesetz (z. B. § 101 Z. 2) das, was tatsächlich die Regel darstellt, in einer Ausnahmevorschrift untergebracht ist.

Darin, wie die allgemeine Ausgleichung unter Gesamthypothekaren nach dem BGB durchzuführen sei, sind allerdings die Ansichten wieder geteilt. Die Verschiedenheit der Ansichten beruht hauptsächlich auf dem Unterschied von Personal- und Sachhaftung.

Die einen behandeln beide Haftungsarten gleich und wenden § 426 I unmittelbar an[66]). Das wesentliche Merkmal der Gesamtschuld sei nach § 421, daß mehrere eine Leistung in der Weise schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger jedoch nur einmal die Leistung zu beanspruchen be-

62) Band III S. 635. Wenn es dort schließlich noch heißt, „daß der zuerst belangte Eigentümer mangels eines Ausgleichsanspruchs den Schaden zu tragen habe", so wird hieran durch einen allgemeinen Ausgleich nichts geändert. Denn dieser greift nur ein, wenn nicht bereits eine vertragliche Regelung besteht, die ja einen Ausgleich auch ausschließen kann.

63) Vgl. S. 17.

64) Es würde damit im gewissen Sinne das, was das Preußische Ober-Tribunal bereits früher einmal zu seiner ständigen Rechtsprechung gemacht hatte (vergl. S. 19), wieder zur Geltung gebracht werden.

65) S. 98.

66) Z. B. Bendix S. 90 ff, Schmidt S. 97. Vergl. auch Staudinger § 1225 2b (nur bezüglich § 1225, bei § 1173 fehlt eine Stellungnahme), Leonhard S. 732, 736 ff, Oellers S. 59 ff.

rechtigt ist[67]). Das liege jedoch auch bei Eigentümern von gesamthypothekarisch belasteten Grundstücken vor. Es sei insbesondere auch bei der Hypothek eine Schuldverpflichtung des Grundstückseigentümers anzunehmen[68]), sodaß Gesamthypothekare als Gesamtschuldner anzusehen seien[69]), bei denen sich allerdings die Schuldverpflichtung auf den Gegenstand der Pfandhaft beschränke[70]). Wie Schmidt meint, scheint allerdings selbst bei Annahme einer Schuld des Eigentümers „das Bedenken zu bleiben, daß dieser Fall sich doch erheblich von demjenigen unterscheidet, in dem mehrere Käufer derselben Sache als Gesamtschuldner nach § 427 zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet sind". Trotzdem sei es unrichtig, in der Frage der Ausgleichung einen Unterschied zu machen. § 426 sei auch hier anwendbar. „Denn der Gedanke des § 426, daß mehrere Personen, welche dem identischen Interesse eines Gläubigers dienen, hilfsweise, d. h. soweit nicht ein anderes bestimmt ist, zu gleichen Anteilen haften sollen, paßt auch hier"[71]).

Andere lassen ähnliche Erwägungen maßgebend sein, halten § 426 aber nicht für unmittelbar anwendbar[72]). Sie wollen in entsprechender Anwendung des § 426 I lediglich einen Ausgleich in Form übergegangener Hypothek gewähren, da ein obligatorischer Anspruch nicht der Interessenlage unter den Eigentümern entspräche[73]).

67) Schmidt S. 49, Bendix S. 91.

68) Es wird also die herrschende Ansicht, daß das Pfandrecht ein bloßes Verwertungsrecht darstelle, (vergl. z. B. Wolff § 131 I) abgelehnt und angenommen, daß der Eigentümer nicht nur zur Duldung, sondern zu einer Leistung verpflichtet ist (Theorie der Realobligation bezw. der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung. Vergl. z. B. Fuchs Grundbegriffe S. 105, 119 f; O. v Gierke D. Pr. Band 2 S. 852 ff; weitere Nachweise bei Wolff § 131 II).

69) Es sprechen aber teilweise selbst diejenigen, welche eine Schuldverpflichtung des Eigentümers annehmen, nur von einer entsprechenden Anwendung des Rechtes der Schuldverhältnisse. So z. B. Fuchs Grundbegriffe S. 656.

70) Oellers S. 45, 63; Bendix S. 91.

71) Schmidt S. 97, Leonhard S. 732, 736 ff.

72) Breit S. 293 ff. Auch nach Heck S. 133, Koban S. 179 f, 199 f, G. Müller S. 88 f ist § 426, wenn man einen gesetzlichen Ausgleich annimmt, (sie lehnen es ab, da das Gesetz ihrer Ansicht nach gegen einen allgemeinen Ausgleich eingestellt sei, Heck a. a. O., Koban S. 201 f, G. Müller S. 89) nur analog anzuwenden.

73) Breit S. 293 ff (insbesondere das Beispiel S. 294 f und das Ergebnis S. 295 Zeile 5 und 6), Schulz S. 71 (wie sich vor allem auch aus der Berufung auf Koban S. 180 ergibt). Auch Hachenburg Beiträge S. 142 f setzt sich für einen allgemeinen Ausgleich ein (ohne allerdings § 426 heranzuziehen, er entwickelt ihn aus § 1172) und führt aus (S. 143), daß zu diesem Zweck Hypothek überginge. „Mehr aber als diese Hypothek für den ihm gebührenden Teil braucht man ihm nicht zuzuweisen". Nicht ganz klar Bendix S. 91 ff (91). Siehe auch Heck S. 133, Koban S. 199 f, 179 f, G. Müller S. 89, die

Bei der Nachprüfung, welche Ansicht die richtige ist, ist davon auszugehen, daß das Gesetz, wenn es in den §§ 421 ff die Gesamtschuld behandelt, zunächst nur jene Fälle regeln will, in denen mehrere Personen einem Gläubiger als Hauptschuldner verpflichtet sind. Das geht insbesondere aus den §§ 774 II, 1225, 2 hervor, die andernfalls überflüssig wären. Es trifft nun zu, daß auch in allen anderen Fällen der Schuldnermehrheit unter den Schuldnern die Interessenlage, welche eine Ausgleichung fordert, dieselbe ist wie unter Hauptschuldnern. Alle haben für dasselbe Gläubigerinteresse einzustehen, und sobald der eine dies Interesse befriedigt hat, muß auch der andere dem Gläubiger gegenüber frei werden[74]). Es erscheint deshalb auch durchaus folgerichtig und billig, den Grundsatz der anteilsmäßigen inneren Verteilung der Haftungslast, welcher in § 426 I zum Ausdruck kommt, auch hier anzuwenden. Jedoch ist es m. E. nicht richtig, aus diesen Erwägungen § 426 I auf alle Fälle der Schuldnermehrheit, soweit das Pfandrecht in Frage kommt, uneingeschränkt zu übertragen und § 426 I unmittelbar anzuwenden. Aus dem Unterschied von Personal- und Sachhaftung ergeben sich ganz unabhängig von der Frage nach der rechtlichen Natur des Pfandrechts[75]) eine Reihe Besonderheiten, welche zu beachten sind. Sie bedingen, daß § 426 I nur entsprechend anwendbar ist, und daß diese entsprechende Anwendung niemals zu einem obligatorischen Ersatzanspruch des Ausgleichsberechtigten führen kann.

Wollte man § 426 I ohne weiteres auf die Ausgleichung bei der Gesamthypothek übertragen, so würde das Ergebnis sein, daß jemand, der nur dinglich, also begrenzt, haftete, nunmehr auch persönlich und unbegrenzt für eine Schuld einzustehen hätte. Es kann sodann die Ausgleichung, die dem einen vor allem aus Billigkeitserwägungen gewährt wird, einem anderen gegenüber zu Unbilligkeiten führen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn z. B. die Gesamthypothek am Grundstück des ausgleichspflichtigen Eigentümers nur einen geringen Wert hat[76]). Kann der letztere sich hier dem gemeinsamen Gläubiger gegenüber von seiner Schuld dadurch befreien, daß er sein Grundstück preisgibt, und so wenigstens sein sonstiges Vermögen unangetastet bleibt, so ist bei einem obligatorischen Ausgleichsanspruch diese Möglichkeit nicht mehr gege-

— sofern überhaupt (vergl. Anm. 72) — einen Ausgleich nur in Form übergegangener Hypothek gewährend würden. Vergl. auch Kohler S. 472, der sich dagegen wendet, daß nach dem BGB der Rückgriff unter Gesamthypothekaren „in das Schlepptau des Obligationenrechts" genommen wird.

74) Schmidt S. 54, 97.

75) Ob es ein bloßes Verwertungsrecht ist, oder auch eine Leistungsverpflichtung des Eigentümers enthält.

76) Z. B. wegen der Größe oder Beschaffenheit des Grundstücks, oder wegen der vorgehenden Belastungen.

ben. Sein ganzes Vermögen steht dem Zugriff des Ausgleichsberechtigten offen, und er kann mehr einbüßen, als er dem Gläubiger gegenüber eingebüßt hätte.

Das wird vor allem dann wichtig, wenn bei dem Hauptschuldner nichts zu holen ist, und ein weiterer Rückgriff auf ihn aussichtslos erscheint, wie es meist der Fall sein wird, wenn Nebenschuldner überhaupt in Anspruch genommen werden. Es fordert daher schon die Billigkeit, welche die Grundlage der ganzen Ausgleichung bildet, daß der Ausgleichspflichtige nicht durch einen besonderen obligatorischen Ausgleichsanspruch schlechter gestellt wird, als durch die Schuld, wegen welcher der Ausgleich vorgenommen wird. Der Ausgleich muß in der Form gewährt werden, in welcher der Ausgleichspflichtige dem gemeinsamen Gläubiger gegenüber verhaftet war[77]). Das heißt, daß einem Grundstückseigentümer gegenüber ein gesetzlicher Rückgriff nur in Form einer Rückgriffshypothek besteht[78]).

Außer diesen allgemeinen Billigkeitserwägungen sind aber auch noch andere Gründe gegen einen allgemeinen obligatorischen Ausgleichsanspruch und für einen Rückgriff in Form einer Rückgriffshypothek anzuführen.

Es ist dem Recht abgesehen von den §§ 426 I, 774 II, 1225, 2 des BGB auch sonst nicht fremd, eine tatsächliche Gemeinschaft zu einer rechtlichen auszugestalten, um einen Schaden, welcher mehreren droht und einen trifft, von allen gemeinsam tragen zu lassen. Als Beispiel wird in diesem Zusammenhang zuweilen auf das Recht der großen Haverei verwiesen[79]). Nach § 700 HGB sind große Haverei alle Schäden, die dem Schiff oder der Ladung oder beiden zum Zwecke der Errettung beider aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich zugefügt werden. „Die große Haverei wird von Schiff, Fracht und Ladung gemeinschaftlich getragen" (§ 700 II HGB). Es kommt hier derselbe Gedanke der Gefahrgemeinschaft zum Ausdruck, welcher auch in § 426 I[80]) im Innenverhältnis eine Aufteilung der Last auf alle

77) Vergleiche hierzu Schulz S. 81 oben.

78) Vergleiche die in Anmerkung 73 auf S. 23 Angeführten, vor allem Heck S. 133. Dasselbe Ziel — der Ausgleichspflichtige soll dem Ausgleichsberechtigten gegenüber nicht schlechter gestellt werden, als gegenüber dem Gläubiger — suchen andere, die einen obligatorischen Ausgleichsanspruch annehmen, dadurch zu erreichen, daß sie die Haftung für den Anspruch auf das Grundstück beschränken. Vergl. z. B. Bendix S. 91. Ebenso für das Mobiliarpfandrecht Emmerich S. 519.

79) Heck S. 132. Siehe auch Dernburg Pr. Hypothekenrecht S. 190.

80) In § 426 I zunächst nur für die sogen. echte Gesamtschuld, darüber hinaus aber auch in entsprechender Anwendung des § 426 I für alle Fälle, in denen mehrere einen gemeinsamen Gläubiger, und sei es auch ohne vertragliche Beziehungen zueinander, irgendwie zu derselben Leistung verpflichtet sind. Ausdrücklich geregelt ist dies aber nur in § 774 II und § 1225, 2.

Schultern bewirkt[81]). Entsteht dem einen dadurch Schaden, daß er eine Gefahr durch Preisgabe von Vermögenswerten auch von anderen abwendet, so werden alle herangezogen, um den Schaden gemeinsam zu tragen. Die gemeinsame Gefahr führt die daran Beteiligten selbst ohne besondere vertragliche Beziehungen in rechtlich erheblicher Weise zusammen[82]). Das kommt auch im BGB zum Beispiel in § 769 noch besonders zum Ausdruck. Nach § 769 sind Bürgen auch dann einander nach § 426 I ausgleichspflichtig, wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernommen haben.

In der Art und Weise, in der nun dieser Gedanke der Gefahrgemeinschaft bei der großen Haverei zur Ausgleichung führt, kann eine Bestätigung für den Rückgriff unter Gesamthypothekaren in Form der Rückgriffshypothek gesehen werden. § 716 HGB bestimmt, daß der Schaden, welcher die große Haverei bildet, über das Schiff, die Ladung und die Fracht nach dem Verhältnisse des Wertes des Schiffes und der Ladung und des Betrages der Fracht verteilt wird. Nach § 726 Absatz 1 HGB wird aber „eine persönliche Verpflichtung zur Entrichtung des Beitrags" nicht begründet. Die Beteiligten haften nur dinglich mit den geretteten Gütern. Dem Vergütungsberechtigten steht „an den einzelnen Gütern wegen des von diesen zu entrichtenden Beitrags ein Pfandrecht zu" (§ 725 HGB). Es hat hier m. E. der allgemein für die Ausgleichung gültige Grundsatz, daß nämlich der Ausgleich einzig und allein im Rahmen der Beteiligung an der Gemeinschaft gewährt wird, besonderen Ausdruck gefunden. Jeder an der Gemeinschaft Beteiligte hat einen Beitrag zu leisten. Wegen des Beitrags ist aber ein Zugriff nur auf das möglich, womit der Beitragspflichtige an der Gemeinschaft beteiligt war. Deshalb gilt der Satz: Haftete dem Gläubiger das Gesamtvermögen, so gilt dasselbe für den Ausgleich. War die Haftung gegenüber dem Gläubiger beschränkt, so wird auch der Ausgleich nur in gleicher Beschränkung gewährt[83]).

Mit diesem Grundsatz, daß der Ausgleich nur im Rahmen der Beteiligung an der Gemeinschaft gewährt wird, hängt es auch schon zusammen, daß nach § 421 eine Gesamtschuld und damit eine Ausgleichung unter Gesamtschuldnern nur insoweit gegeben ist, als „jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist", oder eine

81) Heck S. 132.

82) Es handelt sich hierbei um einen alten Rechtsgedanken, der schon in der lex Rhodia de jactu des Altertums Ausdruck gefunden hat, und in den verschiedensten Rechtsgebieten wiederkehrt. Siehe vor allem Bruck Gefahrgemeinschaft (insbesondere S. 1261, 1273). Bezüglich weiterer Fälle der Gefahrgemeinschaft auch Müller-Erzbach Kap. 228 A I. Vergleiche auch Hachenburg Beiträge S. 140 ff, Marcusen S. 265 ff (266), die gleichfalls ein rechtliches Gemeinschaftsverhältnis unter den Gesamhypothekaren annehmen, aus dem sich eine Ausgleichung ergibt.

83) Vergl. hierzu Schulz S. 74, 81 oben.

Mitbürgschaft[84]) nur dann vorliegt, wenn sich „mehrere für dieselbe Verbindlichkeit" verbürgt haben (§ 769). Hat sich z. B. der eine Bürge für die ganze Hauptschuld in Höhe von 1 000.— RM. verbürgt, der andere jedoch nur für einen Teilbetrag von 500.— RM., so liegt „dieselbe" Verbindlichkeit bei beiden nur wegen einer Hauptschuld von 500.— RM. vor. Nur soweit geht das gemeinsame Risiko und nur soweit kann eine Ausgleichung stattfinden (§§ 769, 774 II, 426). Es zeigt sich nun bereits beim Rückgriff unter Mitbürgen, daß die Regelung des § 426 insofern wenig glücklich ist, als zwei verschiedene Ausgleichsansprüche nebeneinanderstehen (§ 426 Absatz I und Absatz II), die auf dasselbe Gläubigerinteresse gerichtet sind. Besteht nämlich die Mitbürgschaft aus mehreren ungleichartigen Bürgschaften, so muß der Anspruch aus § 426 I eine wichtige Einschränkung erfahren.

Hatten die Mitbürgen die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernommen[85]), und hatte nur derjenige, welcher den Gläubiger befriedigte, auf die Einrede der Vorausklage verzichtet, so erwirbt er die Forderung gegen den Mitbürgen nach § 426 II nur mit der Einrede der Vorausklage behaftet[86]). Aber auch gegenüber dem Anspruch aus § 426 I wird man die Einrede der Vorausklage, das heißt ein Recht des Mitbürgen, zu verlangen, daß zunächst der Rückgriff gegen den Hauptschuldner wenigstens versucht wird, zubilligen müssen[87]). Denn sonst würde der Fall eintreten, daß ein Mitbürge, welcher nur insoweit verhaftet sein wollte, als vom Hauptschuldner nichts zu erlangen ist, nunmehr doch unabhängig davon herangezogen werden kann. Der Mitbürge würde also gegenüber dem Ausgleichsgläubiger ungünstiger dastehen, als gegenüber dem gemeinsamen Gläubiger. Es würden ihm im Innenverhältnis aus einer nachträglichen Bereinigung eines im Außenverhältnis bereits abgewickelten Geschäfts mehr Pflichten erwachsen, als ihm ursprünglich aus diesem Geschäft selbst zustanden, und er überhaupt übernehmen wollte. Das kann aber nicht Sinn des Gesetzes sein, zumal wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Ausgleichung unter mehreren Nebenschuldnern ja überhaupt einen rechten Sinn erst dann hat, wenn und soweit vom Hauptschuldner keine volle Ausgleichung zu erlangen ist.

Bei mehreren Hauptschuldnern — und an diesen Fall hat doch offenbar das Gesetz bei Regelung der Gesamtschuld zunächst nur

84) Bei der nach den §§ 774 II, 426 eine Ausgleichung stattfindet.

85) Sie sind dennoch Gesamtschuldner, § 769.

86) Anscheinend allgemein ablehnend Reichel S. 571. Soweit Reichel eine Aufrechnung des Ausgleichspflichtigen mit einer Forderung gegen den früheren Gläubiger ablehnt, wird man ihm zustimmen müssen. Vergl. auch RG Band 59 S. 208 f.

87) Ebenso Oellers S. 17 f, Koban S. 152 f, 175.

gedacht — konnte ein besonderer Anspruch, wie er in § 426 I vorgesehen ist, gegeben werden, ohne mit der Billigkeit, welcher man genügen wollte — welche auch jenen allgemeinen Satz fordert, daß der Ausgleich nur im Rahmen der Beteiligung an der Gemeinschaft gewährt wird — in Widerspruch zu geraten. Der Gesamtschuldner haftet unbeschränkt persönlich, und es macht nicht viel aus, ob zwei gleichartige Ansprüche für den Ausgleich bestehen. Der Anspruch aus § 426 I ist ohnehin nur eine Art Durchgangspunkt für die Gewährung des Ausgleichsanspruchs in der Form der alten Forderung mit ihren Nebenrechten, auf die es am meisten ankommt. Denn seine Hauptaufgabe ist selbst hier, den Maßstab zu liefern, nach welchem die alten Sicherungen gegen den Ausgleichspflichtigen gemäß den §§ 426 II, 412, 401 übergehen sollen[88]).

Bei der Mitbürgschaft ist es dagegen nicht mehr gerechtfertigt, gegen einen Bürgen, der dem Gläubiger gegenüber die Einrede der Vorausklage hat, einen selbständigen uneingeschränkten Anspruch aus § 426 I zu gewähren. Dem Bürgen muß hier auf jeden Fall auch gegenüber einem Anspruch eines Mitbürgen aus § 426 I die Einrede der Vorausklage zustehen, sofern gegen den Hauptschuldner aus irgendeinem Grunde nicht bereits fruchtlos die Zwangsvollstreckung betrieben worden ist. Es haftet also auch hier der eine dem anderen für den Ausgleich nur so, wie er dem Gläubiger verhaftet war[89]). Der Anspruch aus § 426 I hat damit schon hier eigentlich keine selbständige Bedeutung mehr. Er ist nur als eine Art Maßstab zur Vermittlung des Ausgleichs nach § 426 II zu werten.

Es ist nur eine Fortführung des soeben für die Mitbürgschaft entwickelten Gedankens, wenn man beim Ausgleich unter Gesamthypothekaren als solchen einen Anspruch aus § 426 I überhaupt versagt[90]). Es bleibt sodann als allgemein gültig nur der Grundsatz bestehen, daß das alte Gläubigerrecht nach dem Maßstabe des § 426 I übergeht[91]). Ein Gesamthypothekar erwirbt in Höhe des

88) Bei § 774 I und § 1225, 1 hat es eines solchen besonderen Maßstabes nicht bedurft, da sich dieser von selbst daraus ergibt, daß es sich um Schuldner verschiedener Stufen handelt, unter denen grundsätzlich ein voller Rückgriff gewährt werden muß.

89) Vergleiche Schulz S. 53, 74, 81 oben.

90) Entsprechendes gilt für § 1225, 2.

91) Das gilt allgemein für die Ausgleichsfälle, die das Gesetz nicht besonders geregelt hat, in denen aber die Interessenlage, welche eine Ausgleichung fordert, dieselbe ist, wie in §§ 426, 774 II oder 1225, 2. Ein Anspruch nach § 426 I besteht nur dann, wenn der Ausgleichspflichtige auch dem Hauptschuldner gegenüber obligatorisch verpflichtet war (als Hauptschuldner oder Bürge).

Wenn man auf die Interessenlage unter den mehreren Schuldnern abstellt und Sinn und Bedeutung der Ausgleichung so auffaßt, wie es vorstehend

von einem anderen Gesamthypothekar zu entrichtenden „Beitrags"[92]) nach § 1173 II eine Hypothek[93]).

In der Frage, welcher Beitrag sich nun für den Ausgleich unter Gesamthypothekaren aus § 426 I ergibt, stimmen auch diejenigen, welche nur für eine entsprechende Anwendung des § 426 I eintreten, mit denen, welche § 426 unmittelbar anwenden, fast ausnahmslos darin überein, daß das Verhältnis nach Köpfen maßgebend sei. Nur Hachenburg[94]) ist der Ansicht, daß die Ausgleichung nach dem Wertverhältnis der Grundstücke zu erfolgen habe. Es ist der Ansicht Hachenburg's zuzustimmen. Sie läßt sich auch wieder aus dem allgemeinen Satz herleiten, daß die Ausgleichung stets nur im Rahmen der Beteiligung an der zwischen Ausgleichspflichtigem und -berechtigtem bestehenden Gemeinschaft gewährt wird.

Unter Gesamtschuldnern und Mitbürgen ist die Verteilung der Haftungslast nach Köpfen (§§ 426 I, 774 II) deswegen gerechtfertigt, weil alle dem Gläubiger gleichmäßig mit ihrem ganzen Vermögen haften. Von mehreren nur dinglichen Schuldnern haftet dagegen jeder nur mit dem Werte des Pfandes bezw. Grundstücks. Das Maß der Beteiligung des einzelnen an der Schuldnergemeinschaft ist daher verschieden. Der Umfang der Ausgleichsverpflichtung des einzelnen muß entsprechend verschieden sein. Er richtet sich nach dem Wertverhältnis der Grundstücke. Aehnliche Erwägungen führen auch bei der Gefahrgemeinschaft der großen Haverei nach § 716 HGB zu einer Ausgleichung, für welche das Verhältnis der an der Gemeinschaft beteiligten Vermögenswerte maßgebend ist[95]).

Eine Ausgleichung nach dem Wertverhältnis unter Gesamthypothekaren etwa deswegen abzulehnen, weil es ja auch z. B. unter Mitbürgen nicht darauf ankäme, ob der einzelne Mitbürge viel oder wenig Vermögen habe, ob er viel oder wenig zu leisten imstande sei[96]), ist verfehlt. Eine solche Ansicht wird dem Wesensunterschied von persönlicher und dinglicher Haftung nicht gerecht. Erwirbt z. B. ein vermögensloser Bürge später wieder Vermögen, so kann er jederzeit noch aus seiner Bürgschaftsschuld belangt werden. Beim Pfandeigentümer erschöpft sich hingegen das Einstehenmüssen für die fremde Schuld ein für allemal mit dem Pfande. Es ist

ausgeführt ist, so kann auch die Streitfrage nach der rechtlichen Natur der Hypothek (überhaupt des Pfandrechts) in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung sein.

92) Vergl. § 726 HGB.

93) Siehe hierzu vor allem Schulz S. 71, 74 (§ 6), 81 oben.

94) Beiträge S. 142 f. Vergl. auch Kohler S. 471.

95) Die große Haverei wird über das Schiff, die Ladung und die Fracht nach dem Verhältnis des Wertes des Schiffes und der Ladung und des Betrages der Fracht verteilt.

96) So z. B. Wolff § 160 Anm. 9.

nun aber „etwas ganz anderes, ob jemand für eine fremde Schuld etwa mit einem Stücke im Werte von 100 oder mit 10 Stücken in solchem von zusammen 1000 haftbar gemacht werden kann"[97]). Es wird deshalb mit Recht für den Ausgleich unter mehreren Verpfändern mehrfach die Ansicht vertreten, daß nach § 1225, 2 ein gesetzlicher Ausgleich stattfände, die entsprechende Anwendung von § 774 II und § 426 I aber nur eine Ausgleichung nach dem Wertverhältnis der Pfandsachen zuließe[98]) [99]).

Daß die Aufteilung der Haftungslast unter Gesamthypothekaren nach dem Wertverhältnis der Grundstücke mit dem Gesetz zu vereinbaren ist, geht auch daraus hervor, daß das BGB selbst verschiedentlich das Verhältnis der Grundstückswerte als Verteilungsmaßstab unter Grundstückseigentümern anwendet. Es bekundet damit, daß es diesen Maßstab als den gerechtesten ansieht.

Es ist in § 1172 in unmittelbarem Zusammenhange mit den Ausgleichsvorschriften bei der Gesamthypothek die Aufteilung einer allen Eigentümern gemeinsam zugefallenen Eigentümergesamthypothek geregelt. Es kann danach jeder Eigentümer, „sofern nicht ein

97) Oertmann in JW 1932 S. 200 Anm. zu Nr. 37.

98) Es wird allerdings zugleich entgegen der hier vertretenen Ansicht insoweit auch ein obligatorischer Anspruch gegeben. So: OLG Hamburg in Hans. Gerichtszeitung 1920 Beiblatt S. 225 ff, Soergel § 1249, 1; OLG Frankfurt in JW 1931 S. 2751; Oertmann in JW 1932 S. 200 Anm. zu Nr. 37. Für das römische Recht kam Dernburg (Pfandrecht Band II S. 366 f) zu dem gleichen Ergebnis. (Allerdings auch bestritten, vergl. hierzu Tasse S. 21 f).

Die herrschende Ansicht (anders bei der Gesamthypothek) nimmt bei § 1225 in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 426 auf dem Wege über § 774 II einen allgemeinen Ausgleich an. Siehe z. B. Wolff § 148 IV und dort Anm. 22, § 160 III; Schmidt S. 98; Breit in Gruch. Band 48 S. 293; Bendix S. 90 f; Koban S. 199 f; Staudinger § 1225, 2 b; G. Müller S. 83; Emmerich S. 514. Soweit ein allgemeiner Ausgleich auf Grund unmittelbarer Anwendung des § 426 I gewährt wird (z. B. Schmidt, Bendix, Staudinger a. a. O.), wird naturgemäß eine Teilung der Haftungslast nach Köpfen vorgenommen. Auch ein Teil der Schriftsteller, die § 426 I nur entsprechend anwenden, lassen die Teilung nach Köpfen maßgebend sein (z. B. G. Müller S. 83, 89; Wolff § 160 III; Emmerich S. 514 ff).

Gegen einen allgemeinen Ausgleich bei der Mehrpfänderschaft — wie auch bei der Gesamthypothek — haben sich Planck § 1225, 2 c; Sternberg S. 549 f; Strohal in Jher. J. Band 61 S. 96 ff; Braun-Melchior S. 193 ff; Tasse S. 33; RGK § 1225, 2 ausgesprochen. Ihrer Meinung nach hätte es in § 1225, 2 einer Verweisung auf § 769 bedurft, um einen allgemeinen Ausgleich anzuordnen. Diese Ansicht erscheint gegenüber denen, die unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut in der Frage des gesetzlichen Ausgleichs Gesamthypothek und Mehrpfänderschaft verschieden behandeln wollen und lediglich bei der Mehrpfänderschaft einen gesetzlichen Ausgleich annehmen (z. B. Wolff, Koban, G. Müller a. a. O.) immerhin folgerichtiger.

99) Anders will Martinius DJZ 1903 S. 543 f den Wert der Pfandsachen berücksichtigen. Nach ihm kann „ein der Mitbürgschaft entsprechendes Verhältnis" „günstigstenfalls in Höhe des Wertes der minder wertvollen Pfandsache angenommen werden."

anderes vereinbart ist, verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht, nach § 1132 Absatz 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird". Der tiefere Sinn des § 1172 Absatz 2 ist, daß ein jeder Eigentümer nach Abwicklung des Hypothekengeschäfts nur seinen Anteil an der Gesamtbelastung, wie er sich aus dem mit § 1172 auch rechtlich anerkannten Gemeinschaftsverhältnis der Eigentümer untereinander ergibt, wieder zurückerhalten soll[100]). Es wäre unverständlich, wenn bei der Ausgleichung eine andere Anteilsberechnung als in § 1172 maßgebend sein sollte[101]).

Eine weitere Bestätigung für die Ansicht, daß nach dem Gesetz der Anteil mehrerer Gesamthypothekare an der Haftungsgemeinschaft, die unter ihnen besteht, sich nach dem Wertverhältnis der Grundstücke berechnet, ist aus den bereits erörterten §§ 2166 ff zu entnehmen. Sie verteilen die Haftungslast aus der Gesamthypothek unter einem Erben und einem Vermächtnisnehmer nach dem Wertmaßstab[102]).

Auch im Zwangsversteigerungsgesetz finden sich für Gesamtbelastungen in den §§ 64 und 122 Aufteilungen nach dem Wertverhältnis der Grundstücke. Die Aufteilung wird hier allerdings nicht im Interesse anderer Eigentümer, sondern im Interesse von Nachhypothekaren vorgenommen.

Die verschiedenen aufgeführten gesetzlichen Bestimmungen zeigen, daß unter Gesamthypothekaren der Aufteilungsmaßstab nach dem Wertverhältnis der Grundstücke nicht nur der Billigkeit, sondern auch dem Gesetz am meisten entspricht und allgemeine Gültigkeit hat. Er hat deshalb auch für den gesetzlichen Ausgleich zu gelten.

Es kann daher ein Ausgleich nach dem Wertverhältnis auch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß er zu umständlich und schwierig sei. Ist in den Fällen der §§ 1172, 2166 ff eine Durchführung von Ansprüchen, die sich nach dem Wertverhältnis richten, möglich, so wird es auch beim allgemeinen Ausgleich der Fall sein. Außerdem ist „Einfachheit des Rechts gewiß ein großer Vor-

100) Hachenburg Beiträge S. 140 ff (142) leitet die gesetzliche Ausgleichung nach dem Wertverhältnis der Grundstücke überhaupt aus § 1172 und dem dort anerkannten Gemeinschaftsverhältnis ab.

101) Daß jeder Eigentümer nach Abwicklung des Hypothekengeschäfts selbst bei Durchführung einer Ausgleichung möglichst nicht mehr als den nach dem Wertverhältnis zu berechnenden Anteil erhalten soll, ist in § 1174 Absatz 2 besonders hervorgehoben. Vergl. S. 58.

102) Wenn dort ein obligatorischer Ersatzanspruch besteht, so ist dies daraus zu erklären, daß unter den Gesamthypothekaren (Erbe und Vermächtnisnehmer) kraft Gesetzes eine Verpflichtung zur anteilsmäßigen Befriedigung des Gläubigers besteht.

zug, aber nur ein formeller". Erste Rücksicht muß sein, „die Gesundheit der sozialen Verhältnisse zu fördern und materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen"[103]).

Wie der Wert der Grundstücke zum Zwecke der Berechnung des Umfanges der gesetzlichen Ausgleichung zu ermitteln ist, ergibt sich wiederum aus den §§ 1172, 2166 ff. Nach § 1172 II 2 wird der Wert „unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen". Dasselbe bestimmen § 2166 I 1 und § 2167, 2[104]). Es hat entsprechend auch hier zu gelten.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, welcher Zeitpunkt der Wertberechnung zu Grunde zu legen ist. Dem Zeitpunkt, von dem bei der Wertberechnung auszugehen ist, kommt erhebliche Bedeutung zu. Es können bereits innerhalb kurzer Zeit wesentliche Veränderungen der Wertverhältnisse eintreten, indem z. B. auf diesem oder jenem Grundstück Belastungen, welche der Gesamthypothek im Range vorgehen, gelöscht werden.

Die gesetzlichen Bestimmungen, die den Wertmaßstab enthalten, sagen über den Zeitpunkt für die Wertberechnung nichts, was auch hier gelten könnte. § 1172 schweigt sich überhaupt aus. Der Zeitpunkt muß daher im Falle des § 1172 aus Erwägungen allgemeiner Natur entnommen werden, die darüber hinaus auch beim Ausgleich entsprechende Gültigkeit haben.

Die Meinungen über den Zeitpunkt der Wertberechnung bei § 1172 sind geteilt. Die einen entscheiden sich für den Zeitpunkt der Auseinandersetzung[105]). Andere lassen den Zeitpunkt der Entstehung des Auseinandersetzungsanspruchs maßgebend sein, also den Zeitpunkt, in welchem die Gesamthypothek den Eigentümern als gemeinschaftliches Recht zufällt[106]).

Es ist der letzten Ansicht der Vorzug zu geben. Der Anspruch auf Zuteilung des Teilbetrages gemäß § 1172 II ist — abgesehen von dem Fall, daß die Forderung überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist (§§ 1172 I, 1163 Satz 1)[107]) — mit der Befriedigung des

103) Dernburg Pr. Hypothekenrecht S. 189. Dernburg wandte sich bereits im preußischen Recht gegen die „regreßlose" Gesamthypothek und setzte sich für eine „gesellschaftliche" ein (wie er die Gesamthypothek nannte, bei der ein gesetzlicher Ausgleich gewährt wird, a. a. O. S. 169 ff).

104) Vergl. auch die §§ 64, 122 ZVG.

105) Brinck S. 152, Wolff § 148 VII 1, Schreiber S. 322 Anm. 1, Biermann § 1172, 2 c, Turnau-Förster § 1172, 4; Staudinger § 1172, 2 d β.

106) RGK § 1172, 4; Planck § 1172, 4 b; Fuchs § 1172, 7; Lang S. 298.

107) Hier interessieren vorwiegend die Fälle des § 1172, in denen in Uebereinstimmung mit den Fällen des § 1173 die Forderung nachträglich durch Erfüllung erlischt. Der Fall, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, soll daher ausgeschieden werden. In ihm entsteht gleichfalls der Auseinandersetzungsanspruch zugleich mit der Eigentümergesamthypothek, das ist mit der Einigung und der Eintragung der Hypothek auf den

gemeinsamen Gläubigers durch den persönlichen Schuldner, der nicht zugleich einer der Eigentümer ist, oder mit der Befriedigung durch einen sonstigen Dritten[108]) entstanden. Für seinen Umfang kann nur dieser Zeitpunkt maßgebend sein. Eine spätere Aenderung des Wertverhältnisses hat auf ihn keinen Einfluß mehr. Es wäre unbillig, wenn z. B. ein Eigentümer, welcher nachträglich vorgehende Belastungen löschen läßt, nunmehr damit erreichen könnte, daß sich durch die damit verbundene Werterhöhung seines Grundstücks sein Anteil an der Gesamtgrundschuld erhöht, der des anderen entsprechend vermindert[109]).

Entsprechendes gilt für die Ausgleichung. Der Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers durch den ausgleichsberechtigten Eigentümer ist maßgebend. Das ergibt sich auch aus jenem allgemeinen Satz, daß der Ausgleich sich allein nach dem richtet, womit der einzelne an der Gefahrgemeinschaft beteiligt war. Das Maß der Beteiligung kann aber nur nach dem Zeitpunkt berechnet werden, in welchem die Gefahr abgewandt, das heißt, der gemeinsame Gläubiger befriedigt wurde.

Aus § 2166 kann man im gewissen Sinne eine Bestätigung dieser Ansicht entnehmen. § 2166 enthält im Gegensatz zu § 1172 eine Zeitangabe für die Wertberechnung. Danach bestimmt sich der Wert „nach der Zeit, zu welcher das Eigentum auf den Vermächtnisnehmer übergeht". Es ist damit ausdrücklich abgelehnt, den Zeitpunkt der Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs maßgebend sein zu lassen. Man legte vielmehr den regelmäßig früheren Zeitpunkt des Eigentumsüberganges auf den Vermächtnisnehmer zu Grunde[110]).

Als Ergebnis der Untersuchungen über den gesetzlichen Rückgriff ist also festzuhalten, daß für den Ausgleich unter den Gesamthypothekaren als solchen § 426 I und § 1173 II entsprechend gelten. In § 1173 II wird — ebenso wie im § 426 II bei einer Mehrheit persönlicher Schuldner — kein selbständiger Ausgleich gewährt.

Namen des Gläubigers. Dafür, daß auch in diesem Falle der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs maßgebend ist, gilt Entsprechendes wie bei nachträglichem Erlöschen der Forderung durch Befriedigung.

108) Jedenfalls darf die Befriedigung nicht durch einen der Eigentümer erfolgt sein, da dann § 1173 I als Ausnahmeregelung von § 1172 eingreift.

109) Ebenso RGK § 1172, 4.

110) Ob dieser Zeitpunkt mit dem Zeitpunkt der Entstehung der Ansprüche aus § 2166 f zusammenfällt, oder ob ein anderer Zeitpunkt hierfür maßgebend ist (Tod des Erblassers), kann dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall würde z. B. erst im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung der Ausgleichsanspruch des Erben durchsetzbar werden, da bis dahin der ersatzpflichtige Vermächtnisnehmer ein Gegenrecht (Zurückbehaltungsrecht) geltend machen könnte. Der Vermächtnisnehmer könnte sich darauf berufen, daß der Erbe seine Verpflichtung aus dem Vermächtnis auch noch nicht erfüllt habe.

§ 426 II und § 1173 II setzen eine anderweitig vertraglich oder gesetzlich gegebene innere Beitragsregel voraus und treffen lediglich über deren nähere Durchführung mit Hilfe des alten Gläubigerrechts Bestimmungen. In den ausdrücklich vertraglich geregelten Ausgleichsfällen kann hierbei für den Uebergang des Gläubigerrechts die Höhe des vertraglichen Ersatzanspruchs Maßstab sein, im Falle der Gesamtschuld auch der gesetzlich begründete Anspruch des § 426 I. Bei einer Gesamthypothek entsteht hingegen mangels eines vertraglichen Ausgleichsanspruchs in Höhe der inneren Beitragspflicht, die aus § 426 I zu entnehmen ist, nur ein Rückgriffsverhältnis in Form einer Hypothek, da für den gesetzlichen Ausgleich nicht anders als dem Gläubiger gegenüber gehaftet werden kann. Die Höhe des Beitrags, nach welchem sich die Durchführung des Ausgleichs gemäß § 1173 II richtet, ist in sinngemäßer Anwendung des § 426 I nach dem Wertverhältnis der Grundstücke zueinander zu ermitteln. Für die Errechnung des Wertverhältnisses ist der Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers maßgebend.

2. Die Rückgriffshypothek eines Eigentümers gegen einen anderen, wenn der ausgleichspflichtige zugleich der persönliche Schuldner ist.

Es ist bisher die Entstehung der Rückgriffshypothek unter Eigentümern, welche nur Nebenschuldner sind, erörtert worden. Hier soll nunmehr davon ausgegangen werden, daß einer der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, und ein anderer Eigentümer den Hypothekengläubiger befriedigt.

Wie beim Rückgriff unter Gesamthypothekaren, welche nur Nebenschuldner sind, lassen sich auch hier in Anlehnung an die Entstehungsarten der Gesamthypothek zwei Hauptgruppen von Fällen unterscheiden.

Ist schon von vornherein die Gesamthypothek außer am Grundstück des persönlichen Schuldners auch noch am Grundstück eines Dritten bestellt worden, um auf diese Weise dem persönlichen Schuldner einen Kredit zu verschaffen, so ist der Anlaß hierfür oft in bloßer Gefälligkeit (man denke etwa an verwandtschaftliche Beziehungen) zu suchen. Jedenfalls wird es, wie bei der Uebernahme einer Bürgschaft, meist an ausdrücklichen Vereinbarungen darüber fehlen, wie sich nach Befriedigung des Gläubigers durch den Nebenschuldner dessen Rückgriff auf den Hauptschuldner vollziehen soll. Der Dritte befindet sich sodann dem Hauptschuldner gegenüber in einer ähnlichen Lage wie ein Bürge, der vom Gläubiger in Anspruch genommen worden ist. Es erscheint selbstverständlich, daß sich beide nach Befriedigung des Gläubigers am Hauptschuldner schadlos halten können. Beide Rückgriffsfälle sind deshalb im Gesetz auch gleich geregelt. Vergleiche § 1143 I und § 774 I. Auf den Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, geht nach § 1143 ebenso wie auf den Bürgen, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Gläubigerforderung gegen den persönlichen Schuldner über.

Gelangen, wie es in der Regel der Fall sein wird, die mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke erst durch späteren teilweisen Verkauf in das Eigentum mehrerer Personen[111]), so ist in der Mehrzahl der Fälle eine gesetzliche Rückgriffsregelung überflüssig. Im Grundstückskaufvertrag ist hier erfahrungsgemäß eine Rückgriffsregelung damit getroffen, daß mit dem Käufer eine Erfüllungsübernahme (§ 415 III) vereinbart wird. Der Käufer braucht nur einen Teil des Kaufpreises bar zu zahlen, ist aber dafür verpflichtet, den Hypothekengläubiger zu befriedigen. Damit ist ein Rückgriff des Käufers auf den Verkäufer vertraglich ausgeschlossen. Da es sich hierbei, wie die Erfahrung lehrt, um den Regelfall der Entstehung einer Gesamthypothek mit Schuldnern verschiedener Stufen handelt, wird vielfach die Frage aufgeworfen, ob dennoch auch hier auf den Käufer, welcher den Gläubiger befriedigt, die Forderung nach § 1143 übergeht, und der persönliche Schuldner (wie bei § 774 I) darauf angewiesen ist, wegen der vertraglichen Erfüllungsübernahme Einwendungen gegenüber der übergegangenen Forderung zu erheben. Die einen bejahen, andere verneinen es.

Eine Ansicht, die vor allem von Siber[112]) vertreten wird, will den § 1143 entgegen seinem Wortlaut überhaupt dahin einschränken, daß der Forderungsübergang — wie in § 426 II — einen besonderen Ersatzanspruch voraussetze. Darüber hinaus sei ein Forderungsübergang durch kein berechtigtes Interesse geboten. Die Forderung würde doch stets durch Einrede zurückgeschlagen werden können. Deshalb ließe sich „vielleicht eine allenfalls durch Analogie des § 1225 S. 2 vbd. §§ 774, 2 und 426, 2 BGB unterstützte einschränkende Auslegung des § 1143, 1" verteidigen, wonach der Forderungsübergang „ein Rückgriffsrecht des Eigentümers voraussetzt"[113]).

---

111) Sei es, daß ein mit einer Einzelhypothek belastetes Grundstück parzelliert und teilweise veräußert wird, sei es, daß der persönliche Schuldner eines seiner von vornherein gesamthypothekarisch belasteten Grundstücke verkauft.

112) In Jher.J. Band 50 S. 158 f. Anscheinend auch G. Müller S. 57 f. Wenn G. Müller ausführt, dieselbe Ansicht wie Siber hätten Staudinger (§ 1143 11 b) und das RG (Band 80 S. 319), so trifft dies nicht zu. Vergleiche unten S. 37 f.

113) Siber a. a. O. S. 159.

Diese einschränkende Auslegung des § 1143 ist jedoch nicht haltbar. Es mag zugegeben werden, daß § 1143 im Hinblick auf § 415 III vielleicht keine glückliche Lösung der Rückgriffsfrage bringt. Auf jeden Fall ist es aber verfehlt, die einschränkende Auslegung des § 1143 mit einem Hinweis auf die §§ 1225 Satz 2, 774 II und 426 II zu begründen. Eine Analogie mit diesen Bestimmungen ist überhaupt nicht gegeben. Sie regeln den Rückgriff zwischen Schuldnern derselben Stufe, bei denen billiger Weise grundsätzlich nur ein teilweiser Rückgriff gemäß § 426 I stattfinden kann, während im Verhältnis des Nebenschuldners zum Hauptschuldner das Gesetz auch sonst (§§ 774 I und 1225, 1) grundsätzlich den vollen Rückgriff gewährt. Der § 1143 will dieselbe Rückgriffsregelung wie § 774 I und § 1225, 1 treffen. Er betont das ausdrücklich dadurch, daß er auf § 774 I zur entsprechenden Anwendung verweist. Hierüber geht Siber ganz hinweg und zieht andererseits zu § 774 II Analogieschlüsse, obwohl das Gesetz den Absatz 2 des § 774 vermutlich doch mit Vorbedacht in § 1143 unerwähnt gelassen hat. Die Bedeutung des § 774 I besteht aber darin, daß er es darauf absieht, gerade dann einen vollen Rückgriff zu gewähren, wenn sich nicht schon aus einem besonderen Vertragsverhältnis ein Rückgriffsanspruch ergibt[114]). Aus diesem Grunde geht die Forderung stets in vollem Umfange über, selbst wenn dieser Uebergang mit einer bereits vorhandenen vertraglichen Regreßlage im Widerspruch steht. Zur Anpassung des Ueberganges an eine etwa vorhandene vertragliche Regreßlage wird in § 774 I gleichzeitig bestimmt, daß Einwendungen des Hauptschuldners aus ihr der übergegangenen Forderung gegenüber geltend gemacht werden können. Die Einwendungen im Sinne des § 774 I setzen also den uneingeschränkten Forderungsübergang voraus.

Nach Siber würde der Verweis auf § 774 I in § 1143 gänzlich unverständlich sein und hätte überhaupt keinen rechten Sinn. Denn nach seiner Ansicht wird einerseits gerade dann, wenn unter den Eigentümern kein vertragliches Ausgleichsverhältnis besteht, was z. B. bei mehrfacher Veräußerung des Grundstücks der Fall sein kann, ein gesetzlicher Rückgriff auf den Eigentümer, welcher persönlicher Schuldner ist, — im Gegensatz zu § 774 I — versagt. Ein solch unbilliges Ergebnis wollte das Gesetz doch offenbar gerade vermeiden. Andererseits würden sich nach Siber's Ansicht die hauptsächlichsten Einwendungen im Sinne des § 774 I erübrigen, da er den Forderungsübergang von dem Ersatzanspruch aus einem besonderen Rechtsverhältnis abhängig macht, den Forderungsübergang in seiner Höhe also von vornherein an die vertragliche Regreßlage anpaßt. Die Einwendungen aus § 774 I sind aber gerade die notwendige Ergänzung dafür, daß die Gläubigerforderung ohne Rücksicht auf ein etwa bestehendes Innenverhältnis zwischen Haupt- und Nebenschuldner, das möglicherweise überhaupt keinen oder nur teilweisen Rückgriff zuläßt, übergeht.

114) Was übrigens Siber zu § 774 in Rechtszwang S. 244 unter IV 1 selbst ausführt.

Der Forderungsübergang ist in § 1143 I ebensowenig wie in § 774 I im Gegensatz zu den §§ 426 II, 774 II an das Bestehen eines besonderen Ersatzanspruchs geknüpft. Steht der Uebergang der ganzen Forderung mit der Regreßlage, welche sich aus einem besonderen Innenverhältnis ergibt, im Widerspruch, so sind die vom Gesetz durch § 1143 I 2 in Verbindung mit § 774 I gewährten Einwendungen das Mittel, die Wirksamkeit der übergegangenen Forderung einzuengen. Es soll durch diese Rückgriffsregelung — wie in § 774 I — gerade jenen Nebenschuldnern, denen kein vertraglicher Ersatzanspruch zusteht, und die daher besonders vom Gesetz zu schützen sind, eine Rückgriffsmöglichkeit gegeben werden[115]).

Offenbar mit Rücksicht hierauf geht das RG, das § 1143 im Hinblick auf § 415 III gleichfalls einschränken will[116]), andere Wege als Siber. Es erkennt an, daß der Forderungsübergang nach § 1143 nicht an das Bestehen eines besonderen Ersatzanspruchs geknüpft sei[117]). Es unterscheidet aber bei der Befriedigung des Gläubigers durch einen Eigentümer, welcher gemäß § 415 III zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, zwischen einer Leistung des Eigentümers „für sich" und „für den persönlichen Schuldner". Im letzteren Falle, der in der Regel anzunehmen sei, werde die Gläubigerforderung nach § 362 zum Erlöschen gebracht und könne daher nicht mehr übergehen. Denn es sei beim Vorliegen einer Verpflichtung nach § 415 III davon auszugehen, daß der Eigentümer „zur Erfüllung dieser Verpflichtung und, um die Schuld zu tilgen, also für den persönlichen Schuldner die Zahlung leistet, es sei denn, daß besondere Umstände vorlägen, aus denen zu entnehmen wäre, daß er trotz der ihm gegenüber dem persönlichen Schuldner ob-

115) Daß die Einfügung des § 1143 in das Gesetz gerade auch auf solchen Erwägungen beruht, geht aus Band 3 S. 608 der Protokolle hervor. Es wird dort gegen einen Antrag Stellung genommen, nach welchem die persönliche Inanspruchnahme des Schuldners nur auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses gestattet sein sollte. Es heißt sodann, es könne an einem solchen Rechtsverhältnis „z. B. im Falle mehrfacher Veräußerung des Grundstücks fehlen, während es doch auch in solchem Falle der Absicht des Eigentümers und der Billigkeit entspreche, daß der Eigentümer auf den persönlichen Schuldner zurückgreifen könne".

116) Band 80 S. 319 f. Zustimmend unter anderen Planck § 1143, 2 a β, RGK § 1143, 3; Staudinger § 1143 I 1 b.

117) Band 80 S. 319 am Ende und z. B. Planck § 1143, 2 e; Staudinger § 1143 I 1 b.

liegenden Verpflichtung nur für sich als Eigentümer hat zahlen wollen"[118]) [119]).

Auch dieser Versuch einer Einschränkung des Forderungsüberganges nach § 1143 ist abzulehnen. Er beruht auf der falschen Vorstellung, daß der gesetzliche Forderungsübergang zu Rückgriffszwecken ein echter Forderungsübergang sei, oder mit anderen Worten, daß ein Nebenschuldner, welcher den Gläubiger befriedigt, nur seine eigene Schuld zum Erlöschen bringen könnte, während die Forderung gegen den Hauptschuldner unverändert bestehen bleibt und „übergeht"[120]). In Wahrheit erfüllt ein Nebenschuldner, hier ist es ein Eigentümer, dessen Grundstück für eine fremde Schuld belastet ist, nicht lediglich die eine oder andere Verpflichtung, leistet nicht „für sich" oder „für den persönlichen Schuldner", sondern er erfüllt seine eigene Schuld und gleichzeitig auch die des Hauptschuldners, da beide auf dasselbe Gläubigerinteresse gerichtet sind[121]). Die Leistung eines Haupt- oder Nebenschuldners auf Grund persönlicher oder dinglicher Haft hat nach § 362 Tilgungswirkung für alle anderen Haupt- und Nebenverpflichtungen, welche dasselbe Gläubigerinteresse zum Gegenstand haben. Es hat daher auch keinen Sinn bei § 1143 zwischen einer Leistung des Eigentümers für sich und für den persönlichen Schuldner zu unterscheiden. Die Gläubigerforderung erlischt auf jeden Fall. Wenn das Gesetz dennoch von einem Forderungs„übergang" spricht, so kann das nur so erklärt werden, daß es hier einen gesetzlichen Ersatzanspruch in Form des alten, an sich verbrauchten Gläubiger-

118) RG Band 80 S. 317 ff (320). Aehnlich äußern sich das Kammergericht in Band 27 A S. 280 (vergleiche aber Band 30 A S. 235); Staudinger § 1143 I 1 b; RGK § 1143, 3 (vergleiche freilich hierzu § 1143, 6); Planck § 1143, 2 a β (vergleiche aber § 1143, 2 e).

119) Die gleiche Unterscheidung zwischen einer Leistung für sich und für den persönlichen Schuldner trifft Brinck S. 47 f. Er hält aber im Gegensatz zum RG als grundsätzliche Regelung daran fest, daß die Forderung nach § 1143 übergeht. (Ebenso KGJ Band 30 A S. 235). Es sei aber eine Ausnahme zuzulassen, falls der Eigentümer für den persönlichen Schuldner geleistet habe (die Abweichung ist bedeutsam wegen der Beweislast).

120) So allerdings, insbesondere bezüglich der Bürgschaft, die wohl vorherrschende Meinung. Z. B. Staudinger § 774, 1; RGK § 774, 1; Planck § 774, 1; Tacken S. 11.

121) Schulz S. 29, Schmidt S. 97 am Ende, von Tuhr Band 1 S. 280 Anm. 41, Enneccerus-Lehmann § 188 Anm. 1, G. Müller S. 56.

Damit entfällt auch die — nur noch vereinzelt vertretene — Ansicht, daß eine Art Forderungskauf vorliege (z. B. Siber Rechtszwang S. 248, Bruck S. 197. Wie verfehlt diese Ansicht ist, zeigt sich vor allem bei Siber, der ausführt, es werde der Wille „unterstellt", zu erwerben, obwohl die „unmaßgebliche Rechtsansicht" des befriedigenden Schuldners oft dahin gehen dürfte, zu erfüllen).

rechts gewähren will[122]), um auf diese Weise den Uebergang der Sicherungen, welche dem Gläubiger zustanden, zu rechtfertigen.

Aber auch aus praktischen Gründen erscheint eine Unterscheidung zwischen einer Leistung für sich und für den persönlichen Schuldner nicht am Platze. Es wird wohl kaum jemals vorkommen, daß sich ein Eigentümer darüber Gedanken macht, ob er für sich oder für den persönlichen Schuldner leisten solle, und danach seinen Willen bekunden, diese oder jene Möglichkeit zu wählen, — es sei denn, daß er mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts vertraut ist. Wenn ein Eigentümer den Gläubiger befriedigt, so will er in erster Linie sein Grundstück vor der Zwangsversteigerung bewahren, welche mangels freiwilliger Zahlung in Aussicht steht. Er handelt insofern stets „für sich als Eigentümer", um mit den Worten des RG zu sprechen[123]).

Es ist aus all diesen Gründen angesichts der ausnahmslosen Fassung des § 1143 dabei zu verbleiben, daß auf den befriedigenden Eigentümer die Forderung stets insoweit „übergeht"[124]), als er den Gläubiger befriedigt[125]). Es wird ohne Ausnahme in voller Höhe ein gesetzlicher Rückgriffsanspruch gewährt, und der persönliche Schuldner auch bei Vorliegen einer Erfüllungsübernahme durch den befriedigenden Eigentümer (§ 415 III) darauf verwiesen, Einwendungen gemäß § 774 I zu erheben, wenn der Eigentümer die Forderung aus § 1143 I im Widerspruch mit der vertraglichen Regreßlage geltend macht[126]).

Wie bei § 774 I können also auch bei § 1143 die „formelle Gläubigerberechtigung" und die „tatsächliche Ausübungsbefugnis"[127])

122) So z. B. Enneccerus-Lehmann § 191 I 1, § 188 Anm. 1; Stammler S. 203. Vergl. auch Schulz S. 31, 41, 59; Koban S. 83; Staudinger § 412, 3; Tacken S. 9. Daß es sich bei dem Uebergang von Gläubigerrechten zu Rückgriffszwecken um an sicher erloschene Gläubigerrechte handelt, kommt im Gesetz selbst z. B. in den §§ 1181, 1182 und 1163 (1172), 1164 (1174) deutlich zum Ausdruck. Vergl. hierzu S. 51 54 ff (57).

123) Band 80 S. 320. Wie sollte man auch in dem Fall verfahren, daß etwa die Grundstücksbelastung nur teilweise in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen war, der Eigentümer den Gläubiger aber wegen seiner ganzen Hypothekenforderung befriedigte? Hier zwischen einer teilweisen Leistung für sich und für den persönlichen Schuldner zu unterscheiden, wäre schwer verständlich.

124) Diese Ausdrucksweise des Gesetzes kann ohne Schaden beibehalten werden, sofern man sich nur im Klaren ist, daß es sich dabei nur darum handelt, „gesetzliche Ersatzansprüche sowohl in ihrem Inhalte als in ihrer möglichen Durchsetzung mit einem Wort zu kennzeichnen." Stammler S. 203.

125) So Turnau-Förster § 1143 II 4; Bruck S. 196, 197 Anm. 69, S. 224 f (Anm. 15); Wolff § 140 V zu Anm. 15.

126) Auch nach den Protokollen Band 3 S. 607 f soll im Falle des § 415 III keine Sonderregelung Platz greifen.

127) Ausdrücke Kobans (S. 82).

aus der übergegangenen Forderung auseinanderfallen. Es können insbesondere auch (sofern die tatsächliche Ausübungsbefugnis nach § 415 III nicht überhaupt ausgeschlossen ist) zwei Ansprüche nebeneinander hergehen, nämlich die übergegangene Forderung und ein — vielleicht nur teilweiser — besonderer Ersatzanspruch. Beide Ansprüche sind trotz des nominell vielleicht verschiedenen Umfanges auf dasselbe Interesse gerichtet und stehen dem Eigentümer nebeneinander zu[128]). Der Ersatzanspruch in Form der übergegangenen Forderung ist jedoch stets der wertvollere, da er eine Rückgriffshypothek nach § 1173 II vermittelt.

Während in § 1143 I der Rückgriff eines Grundstückseigentümers zunächst nur in obligatorischer Hinsicht geregelt wird und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Einzelhypothek oder eine Gesamthypothek handelt, richtet sich der Erwerb des dinglichen Gläubigerrechts zu Rückgriffszwecken nach § 1173 II und nicht etwa nach den §§ 412, 401 bezw. 1153. Zu diesem Zweck bestimmt § 1143 II: „Besteht für die Forderung eine Gesamthypothek so gelten für diese die Vorschriften des § 1173"[129]).

Bei diesem Verweis auf § 1173, der doch klären soll, inwieweit die Gesamthypothek dem Rückgriff dienstbar gemacht wird, zeigt sich wieder, daß die Rückgriffsregelung nicht bis in alle Einzelheiten durchdacht ist. Denn was in unserem Falle für die Gesamthypothek gelten soll, ist in § 1173 keineswegs deutlich zum Ausdruck gebracht. Nach § 1143 I ging die Forderung unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines besonderen Ersatzanspruchs über, der Forderungsübergang wurde nicht von vornherein von einem vertraglichen Regreßverhältnis abhängig gemacht und diesem der Höhe nach angepaßt. Man sollte meinen, daß nunmehr entsprechend der sonst im Gesetz vertretenen Auffassung von der Zusammengehörigkeit von übergegangener Forderung und Hypothek (§§ 412, 401, 1153) auch hier der Uebergang der Hypothek in voller Höhe der Forderung, also gleichfalls unabhängig von einer etwaigen vertraglichen Regreßlage angeordnet sei. Statt dessen knüpft § 1173 II im Gegensatz zu § 1143 I den Uebergang der Gläubigerrechte an das Bestehen eines Ersatzanspruchs. Soll nun der Hypothekenübergang im Gegensatz zum Forderungsübergang von einer vertraglichen Regreßlage abhängig sein, eine Rückgriffshypothek also nur in Anlehnung an einen besonderen Ersatzanspruch aus vertraglichen Rückgriffsvereinbarungen entstehen? Die Antwort auf diese Frage

128) Vergleiche hierzu Schmidt Gesetzeskonkurrenz S. 12 f.

129) Daß damit nur das Schicksal des dinglichen Rechtes gemeint ist, der Forderungsübergang sich aber auch bei der Gesamthypothek nach § 1143 I vollzieht, ist wohl allg. Meinung, ergibt sich auch aus den Worten „für diese". Vergl. Brinck S. 75; Turnau-Förster § 1143 II 7; Schulz S. 63 am Ende; Lang S. 302 Anm. 13.

wird dahin zu lauten haben, daß nach § 1173 II die Hypothek am Grundstück des persönlichen Schuldners in gleichem Maße wie die Forderung übergeht[130]), also ohne Rücksicht auf ein vertragliches Regreßverhältnis. Als der in § 1173 II geforderte Ersatzanspruch muß in Verbindung mit § 1143 die übergegangene Forderung angesehen werden.

Ein anderes Ergebnis wäre damit nicht zu vereinbaren, daß der Forderungsübergang zu Rückgriffszwecken sonst vom Gesetz gerade wegen der Nebenrechte, welche mit der Forderung verbunden sind, angeordnet wird. Es würden unverständlicherweise auch gerade jene Fälle, in denen keine besonderen Rückgriffsvereinbarungen getroffen wurden, und die wegen ihrer besonderen Schutzwürdigkeit zur Anordnung des allgemeinen Forderungsüberganges in § 1143 I — ebenso wie in § 774 I — führten, nunmehr wieder benachteiligt werden.

Die Unklarheit, die nach den §§ 1143, 1173 II über den Umfang des Ueberganges des dinglichen Rechts besteht, wird man damit erklären können, daß § 1173 offenbar zunächst nur die Fälle regeln will, in denen die Eigentümer lediglich Nebenschuldner, Schuldner derselben Stufe sind[131]). Da Schuldner derselben Stufe gesetzlich und in der Regel vertraglich nur anteilsmäßig ausgleichspflichtig sind (§§ 426 I, 774 II, 1225, 2), ist in § 1173 II auch nur ein Uebergang der Hypothek angeordnet worden, der diesem Anteil entspricht, genauso wie bei der Gesamtschuld nach § 426 II die Forderung grundsätzlich nur anteilsmäßig übergeht.

Bei näherer Betrachtung wird man aber den Uebergang der Hypothek nach § 1173 II in Höhe der Forderung des § 1143 I selbst mit dem Wortlaut des § 1173 II vereinbaren können. Denn auch die übergegangene Forderung soll dem Ersatz dienen, ist ein gesetzlicher Ersatzanspruch[132]). Das Gesetz selbst spricht daher zum Beispiel in Bezug auf den Forderungsübergang des § 774 in § 776 von „Ersatz"[133]). Es wird deshalb nichts im Wege stehen, auch die nach

130) Anders z. B. Brinck S. 84, der die Gesamthypothek am Grundstück des persönlichen Schuldners erlöschen läßt. Nach Oellers S. 58 geht die Hypothek nach den §§ 1143, 412, 401, 1153, 1173 in voller Höhe über, sofern der Eigentümer gegen den persönlichen Schuldner irgendeinen Ersatzanspruch hat. Hat er keinen Ersatzanspruch, so erlischt die Hypothek am Grundstück des persönlichen Schuldners trotz des Forderungsüberganges nach § 1143.

131) Schulz S. 63 am Ende.

132) Vergleiche S. 39 bei Anm. 124.

133) Mit Recht führt deshalb das KG in OLG Band 9 S. 317 zu § 1173 aus, daß dem Bürgen der in § 1173 II geforderte Ersatzanspruch nach § 774 „kraft Gesetzes" zustünde. Aehnlich KG Band 47 A S. 210 ff (215), wonach ein Ersatzanspruch auch „aus gesetzlichen Gründen" „z. B. §§ 426, 774, 2166 ff" gegeben sein könne.

§ 1143 I übergegangene Forderung als Ersatzforderung im Sinne des § 1173 II zu behandeln[134])[135]). § 1143 II will den Leitgedanken des § 1173, der zunächst nur für Eigentümer gedacht war, die lediglich die Stellung von Nebenschuldnern haben, auch bei Gesamthypothekaren zur Geltung bringen, die Schuldner verschiedener Stufen sind. Es sollen im Anschluß an den Forderungsübergang des § 1143 I nicht die §§ 412, 401 zur Anwendung kommen, sondern die Gesamthypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer soll erlöschen, soweit sie nicht für Rückgriffszwecke gebraucht wird[137]). Auch unter Gesamthypothekaren, die Schuldner verschiedener Stufen sind, besteht danach nur am Grundstück des befriedigenden Eigentümers und am Grundstück des persönlichen Schuldners die Gesamthypothek uneingeschränkt fort (§ 1173 Absatz 2 Halbsatz 2). Sie setzt sich insoweit aus einer Hypothek des Eigentümers gemäß den §§ 1173 I, 1177 und einer Rückgriffshypothek zusammen. Haben mehrere Eigentümer zu Teilbeträgen den Gläubiger befriedigt, so erwirbt jeder Eigentümer jeweils zu diesem Teilbetrag die Forderung nach § 1143 I[136]) sowie eine Hypothek des Eigentümers (§§ 1173 I, 1177) und eine Rückgriffshypothek am Grundstück des persönlichen Schuldners (§ 1173 II), während an den übrigen

134) Unter Gesamthypothekaren, die zugleich Gesamtschuldner sind (vergleiche unten § 2 I 3) zeigt sich besonders deutlich wie übergegangene Forderung und Ersatzanspruch im Sinne des § 1173 II gleich behandelt werden können. Vergleiche § 426 I und II.

135) RGK § 1173, 6 lehnt es allgemein ab, Fälle des Forderungsüberganges nach § 1173 II zu behandeln, da die §§ 412, 401 maßgebend seien. Es wird dort aber (ebenso auch bei § 1143) nicht erörtert, welche Bedeutung dann § 1143 II hat. Auch sonst wird im allgemeinen kaum auf die Behandlung der Fälle des Forderungsüberganges im Rahmen des § 1173 eingegangen, obwohl ihnen doch nicht unerhebliche Bedeutung zukommt. Selbst Brinck, der im übrigen sehr ausführlich § 1173 II und die dazu gehörigen Fälle behandelt (vergleiche Brinck S. 73—91), läßt das Verhältnis von § 1143 I und § 1173 II dann unerörtert, wenn übergegangene Forderung und Ersatzanspruch etwa wegen § 415 III verschieden sind, z. B. der Ersatzanspruch nur halb so hoch ist, wie die alte Gläubigerforderung. Das wäre um so notwendiger gewesen, da auch Brinck S. 47 f bei § 415 III grundsätzlich § 1143 durchgreifen läßt. Er bespricht zwar ein Beispiel (Brinck S. 82 f, 86 ff), in welchem ein Eigentümer gemäß § 1143 I die persönliche Forderung und damit in Verbindung mit § 1173 die Hypothek am Grundstück des persönlichen Schuldners erwirbt, geht aber davon aus, daß die übergegangene Forderung und der Ersatzanspruch sich decken und auf vollen Ausgleich abzielen (vor allem Brinck S. 82). In gleichem Sinne führt auch das KG Band 42 S. 274 ff (279) aus, daß bei Zusammentreffen von § 1143 und § 1182 der Streit, ob die Rückgriffshypothek mit der ursprünglichen oder Ersatzforderung besteht, unerheblich sei. Denn da hier „die ursprüngliche Forderung selbst die Ersatzforderung" bilde, entspräche ihre Verbindung mit der Hypothek jeder der beiden Ansichten. (Zustimmend Kohler S. 475) Aehnlich behandelt auch Schulz S. 63 f (64 oben) die §§ 1143, 1173 II ohne näher auf das Verhältnis des § 1143 zu § 1173 II einzugehen.

136) Turnau-Förster § 1143 II 7.

Grundstücken die Gesamthypothek jeweils zu diesem Teilbetrag erlischt (§ 1173 I). Diese Teileigentümerhypotheken und Teilrückgriffshypotheken bilden jeweils Teilgesamthypotheken (§ 1173 II Halbsatz 2).

Wie bei der Forderung aus § 1143 I können auch bei der Rückgriffshypothek, welche nach § 1173 II in Verbindung mit § 1143 entstanden ist, die formelle Gläubigerberechtigung und die tatsächliche Ausübungsbefugnis auseinanderfallen.

Zur Begründung der dinglichen Klage aus der Rückgriffshypothek braucht der Eigentümer nur vorzutragen und zu beweisen, daß er den Hypothekengläubiger befriedigt habe. Es ist noch nicht einmal erforderlich, daß er im Grundbuch eingetragen ist, da sich der Erwerb der Rückgriffshypothek nach § 1173 II unmittelbar kraft Gesetzes vollzieht, ohne daß es noch des formalen Aktes der Eintragung im Grundbuch bedarf[138]). Die Rückgriffshypothek kann damit wegen des grundsätzlich uneingeschränkten gesetzlichen Rückgriffs gegen den persönlichen Schuldner leicht im Widerspruch zur wahren Regreßlage geltend gemacht werden. Sache des persönlichen Schuldners ist es sodann, die Einwendungen, welche § 1143 in Verbindung mit § 774 I gegen die Forderung gewährt[139]), gegenüber der Rückgriffshypothek, soweit sie über die besondere vertragliche Regreßlage hinaus geltend gemacht wird, vorzubringen, und so die Wirksamkeit des gesetzlichen Rückgriffs einschließlich der Rückgriffshypothek einzuschränken oder sogar aufzuheben. Denn nach § 1137 hat der persönliche Schuldner alle Einreden, welche er gegen die Forderung hat, auch gegenüber dem dinglichen Anspruch.

Decken sich vertragliche und gesetzliche Regreßlage, so hat der gesetzliche Rückgriff eines Gesamthypothekars gegen den persönlichen Schuldner einschließlich der Rückgriffshypothek dem besonderen vertraglichen Rückgriffsanspruch gegenüber den Vorzug leichterer Durchsetzbarkeit. Würde der Eigentümer den vertraglichen Rückgriffsanspruch geltend machen, müßte er im Gegensatz zum gesetzlichen Rückgriff außer der Befriedigung des Hypothekengläubigers noch die vertraglichen Vereinbarungen über die Ersatzpflicht des persönlichen Schuldners nachweisen.

137) Wenig verständlich Robert S. 23, nach dessen Ansicht hier überhaupt keine „Rückgriffs"hypothek entsteht. Weiter meint er: „Der befriedigende Eigentümer erwirbt die Gesamthypothek an seinem Grundstück und an dem des persönlichen Schuldners nicht nach § 1173 II sondern nach § 1143 II".

138) Wird eine Eintragung im Grundbuch vorgenommen, so hat sie nur den Charakter einer Berichtigung und hat im Wege des § 22 GBO zu erfolgen.

139) Insbesondere aus § 415 III oder aus Vereinbarungen, wonach der Rückgriff erst nach besonderer Kündigung verlangt werden kann, oder eine Stundungsvereinbarung vorliegt usw.

3. Der Ausgleich unter Eigentümern, die zugleich Hauptschuldner (Gesamtschuldner) sind.

Hatte von mehreren Gesamtschuldnern ein ausgleichspflichtiger für seine Schuld eine Einzelhypothek bestellt, so fällt diese dem ausgleichsberechtigten gemäß den §§ 412, 401 bezw. 1153 II als Rückgriffshypothek zu, soweit nach § 426 II die Forderung übergegangen ist. Darüber hinaus entsteht nach den §§ 1163, 1173 eine Eigentümergrundschuld.

Haben mehrere Gesamtschuldner, etwa auch der ausgleichsberechtigte, ihre Grundstücke für die gemeinsame Schuld nach § 1132 mit einer Gesamthypothek belastet, so ergeben sich für die Gestaltung der Rückgriffshypothek Schwierigkeiten. Kommen auch hier in Anlehnung an den Forderungsübergang des § 426 II die §§ 412, 401 bezw. 1153 II oder kommt § 1173 II als Ausnahmeregelung von den §§ 412, 401 zur Anwendung?

Brinck[140]) und der Kommentar der Reichsgerichtsräte[141]) wollen auch hier im Anschluß an § 426 II die §§ 412, 401 uneingeschränkt zur Geltung bringen. Soweit der befriedigende Gesamtschuldner und Eigentümer nach § 426 II die Gläubigerforderung gegen andere erwirbt, geht ihrer Ansicht nach auch die Gesamthypothek als solche über[142]). Erst darüber hinaus kämen auf die Gesamthypothek die §§ 1163 I, 1173 I 2 zur Anwendung[143]).

Diese Ansicht ist unhaltbar. Es bleibt nach ihr eine gleichmäßige Belastung aller Grundstücke mit freiem Wahlrecht des ausgleichsberechtigten Eigentümers bestehen. Das würde zu Ergebnissen führen, die mit den Grundsätzen über die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern unvereinbar sind.

Es geht nach § 426 II auf den rückgriffsberechtigten Gesamtschuldner die schuldrechtliche Forderung des gemeinsamen Gläubigers gegen die einzelnen anderen jeweils in Höhe des Rückgriffs über. Die übergegangene Forderung richtet sich also nicht mehr, wie es ursprünglich in der Hand des befriedigten Gläubigers der Fall war, einheitlich gegen alle, sondern jeweils nach der Höhe der Ausgleichsverpflichtungen — im Zweifel nach Köpfen — geteilt gegen einzelne. Die Ausgleichspflichtigen haften nicht mehr als Gesamtschuldner[144]).

Wendet man nunmehr im Anschluß an die Forderungsübergänge des § 426 II die §§ 412, 401 an, so erwirbt der befriedigende Ge-

140) S. 110 ff.
141) § 1173, 6. (Anscheinend auch Robert S. 24).
142) Ebenso Biermann Arch. f. Bürgerl.R. Band 40 S. 323 am Ende, 324.
143) Vergleiche insbesondere das Beispiel, welches Brinck auf S. 111 f anführt.
144) Staudinger § 426 A I 1 c; Oertmann § 426, 4 f; RG in JW 1914 S. 922 Nr. 7.

samtschuldner und Eigentümer, soweit er insgesamt gegen die anderen Rückgriff nehmen kann, gemäß den §§ 412, 401, 1153 die Gesamthypothek so, wie sie in der Hand des Gläubigers bestand. Er hat damit die Möglichkeit, auf Grund des freien Wahlrechts aus § 1132 auf dem Wege über das dingliche Recht einen einzelnen Eigentümer und ausgleichspflichtigen Gesamtschuldner auch wegen derjenigen Quoten ausgleichspflichtig zu machen, die in Wirklichkeit nach den schuldrechtlichen Beziehungen (vor allem nach § 426 I) auf die anderen Gesamtschuldner entfallen[145]). Es würde damit auf Umwegen im praktischen Ergebnis die abgelehnte Gesamthaft der mehreren Gesamtschuldner für den Ausgleich wieder eingeführt werden. Neue Rückgriffsansprüche, welche gerade vermieden werden sollen, wären die Folge. Es würden erneut, soweit andere nach § 426 I und II ausgleichspflichtig waren, Forderungsübergänge stattfinden (diesmal nach § 1143), erneut Rückgriffshypotheken entstehen (diesmal gemäß § 1173 II), und eine Rechtsunsicherheit und Unübersichtlichkeit insbesondere im Hinblick auf das Grundbuch eintreten, die leicht zu Unzuträglichkeiten führen können. Es sprechen daher gute Gründe dafür, daß auch bei Gesamtschuldnern § 1173 II, welcher die §§ 412, 401 ergänzt und abändert, zur Anwendung zu kommen hat[146]). Es sollen ganz allgemein Gläubigerrechte von einem befriedigenden Schuldner stets nur soweit erworben werden, als es die Rückgriffsinteressen erfordern. Das kommt in Abänderung der §§ 412, 401 neben § 1173 II auch noch in § 774 II besonders zum Ausdruck.

Auf den befriedigenden Eigentümer und Gesamtschuldner geht

145) Sind z. B. A, B, C und D Gesamtschuldner, und A befriedigt den Gläubiger, so erwirbt er im Zweifel die Forderung des Gläubigers gegen B, C und D nach § 426 I und II zu je ¼ also zu insgesamt ¾. Wenn auch insoweit keine Gesamtschuld mehr besteht, würde auf A, wenn man die §§ 412, 401, 1153 I anwendet, die Gesamthypothek dennoch an allen Grundstücken zu ¾ unverändert übergehen (so auch Brinck S. 110 f, RGK § 1173, 6), während der Rest nach § 1172 allen gemeinschaftlich als Eigentümergrundschuld zustünde. (Wenn Brinck S. 111 f auf den Rest den § 1173 I im Gegensatz zu Absatz II anwenden will, so ist das inkonsequent). A könnte nunmehr aus seiner Rückgriffsgesamthypothek den gesamten Rückgriff gegen B, C und D beliebig gegen einen von ihnen geltend machen, während er nach § 426 I und II gegen B, C und D einen Rückgriff nur zu je ¼ hätte. So führt auch Brinck S. 111 aus, daß auf einen Gesamtschuldner, soweit er die Forderung nach § 426 II erwirbt, die Hypotheken, welche dafür bestellt sind, im ganzen Umfange übergehen, „und es kommt insbesondere, was die dafür an fremden Grundstücken bestellten Hypotheken anlangt, nicht darauf an, ob ihm die Eigentümer dieser Grundstücke oder ihre Rechtsvorgänger ersatzpflichtig sind oder nicht".

146) Zu demselben Ergebnis kommt auch das KG in OLG Band 9 S. 318. Auch Bruck S. 208 wendet auf Gesamthypothekare, die zugleich Gesamtschuldner sind, § 1173 an. Ebenso Staudinger § 1173 II a; Lang S. 317; Biermann § 1173, 2.

nach § 1173 I die Hypothek am eigenen Grundstück über. Die Hypothek an den Grundstücken der anderen erwirbt er gemäß § 1173 II lediglich, soweit sie ihm kraft Gesetzes nach § 426 I oder kraft Vertrages ausgleichspflichtig sind[147]). Es richten sich also der Forderungsübergang in § 426 II wie auch der Hypothekenübergang in § 1173 II übereinstimmend in ihrem Umfange nach dem Ersatzanspruch aus dem Innenverhältnis. Ersatzanspruch und übergegangene Forderung bedeuten hier im Sinne des § 1173 II dasselbe[148]). Für den Fall, daß die Eigentümer zugleich Gesamtschuldner sind, hätte daher in § 1173 ebensogut angeordnet werden können, daß nur die Hypothek am Grundstück des ausgleichspflichtigen Eigentümers der Forderung aus § 426 II folgt. Es wäre dann gleichzeitig noch zum Ausdruck gekommen, daß eigentlich nur ein Unter- und zugleich Ausnahmefall der §§ 412, 401 vorliegt.

Einem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner und Eigentümer stehen also nach § 1173 II soviel Rückgriffshypotheken zu, als er Ersatzansprüche gegen andere Gesamtschuldner und Eigentümer hat. Soweit er jeweils gegen einen der anderen eine Rückgriffshypothek erhält, erlischt die Gesamthypothek an den Grundstücken aller anderen. Die verschiedenen Rückgriffshypotheken zu Teilbeträgen bleiben zusammen mit der Hypothek am eigenen Grundstück des befriedigenden Gesamtschuldners und Eigentümers aus § 1173 I Gesamthypothek (§ 1173 II Halbsatz 2).

4. Die Rückgriffshypothek eines Eigentümers gegen einen anderen in den der freiwilligen Befriedigung gleichgestellten Fällen.

Nach § 1173 I 2 steht es der Befriedigung des Gläubigers von Seiten eines Eigentümers gleich, „wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen". Ebenso hat bei § 1174 die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person die gleiche Wirkung wie die Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner. Ohne diese Bestimmungen würde bei Vereinigung von Gläubigerrecht und persönlicher Schuld die Forderung nach allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts erlöschen. Die Gesamthypothek würde den Eigentümern gemeinsam zufallen (§ 1172 I). Bei Vereinigung von Gläubigerrecht nur mit Eigentum würde ohne § 1173 I 2 einem unveränderten Fortbestehen der Gesamthypothek nichts im Wege stehen. Beides soll vermieden werden. Eine Rückgriffshypothek soll nicht dadurch verloren gehen, bezw. nicht dadurch mehr als Rückgriffshypothek erworben werden, daß sich Gläubigerrecht und persönliche Schuld nebst dinglicher Schuld, oder Gläubigerrecht und nur dingliche Schuld in einer Person vereinigen.

Es ist hier in erster Linie an die Fälle der Vereinigung der Vermögensmasse des Eigentümers[149]) bezw. des persönlichen Schuldners und der des Gläubigers zu denken, sei es, daß die Vereinigung durch Vertrag (§ 311), sei es, im Wege der Erbfolge (§ 1922 Abs. 1) vor sich geht. Beide Vermögensmassen zusammengenommen stehen hier nach der Vereinigung wirtschaftlich genauso, wie wenn noch vor der Vereinigung der obligatorische oder dingliche Anspruch des Gläubigers befriedigt, und erst dann die Vereinigung eingetreten wäre. Es erscheint deshalb auch recht und billig, in beiden Fällen die gleichen Folgen eintreten zu lassen. Die in einer Person vereinigten Vermögen werden damit den getrennten Vermögen zusammengenommen in jeder Beziehung gleichgestellt.

Bei der Betrachtung des Wortlauts des § 1173 I 2 scheint es, als sei dieser Grundsatz vom Gesetz doch nicht mit aller Konsequenz vertreten. Denn während in § 1174 kein Unterschied gemacht wird, in welcher Person die Vereinigung eintritt, wird in § 1173 I 2 nur der Fall der Vereinigung in der Person des Eigentümers genannt: „Wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen". Es wird deshalb auch die Ansicht vertreten, daß eine Vereinigung von Gläubigerrecht und persönlicher sowie dinglicher Schuld oder nur dinglicher Schuld in der Person des Gläubigers nicht der Befriedigung gleichgestellt werden könnte[150]). Eine Ansicht, die sich in Fragen des Rückgriffs lediglich auf den Wortlaut des Gesetzes beruft, ist aber von vornherein als unzureichend begründet anzusehen. Andere wiederum meinen, daß man trotz des Gesetzeswortlauts auch die Vereinigung in der Person des Gläubigers dann der Befriedigung gleich zu behandeln habe, wenn der Eigentümer, welcher z. B. vom Gläubiger beerbt wird, zugleich persönlicher Schuldner gewesen ist[151]).

147) In dem oben S. 45 Anm. 145 gebrauchten Beispiel würde also der befriedigende Eigentümer A nach § 1173 I die Gesamthypothek an seinem Grundstück in voller Höhe erwerben. In Höhe der nach § 426 I auf ihn entfallenden Quote würde sie an den Grundstücken des B, C und D in vollem Umfange erlöschen. Insoweit wäre nur noch das eigene Grundstück des A belastet. Im übrigen besteht die Gesamthypothek nach § 1173 II an den Grundstücken des B, C und D nur noch zu je ¼ fort, und zwar nach § 1173 II Halbsatz 2 jeweils als Gesamthypothek mit der Hypothek am eigenen Grundstück des A.

148) Vergl. S. 42.

149) Gleich, ob er zugleich persönlicher Schuldner ist oder nicht.

150) Z. B. Fuchs § 1173, 4 c.

151) Z. B. Planck § 1173, 2 b γ; RGK § 1173, 5; Brinck S. 99 ff (100).

Den Fall, daß z. B. ein Eigentümer, welcher nicht zugleich der persönliche Schuldner war, vom Gläubiger beerbt wird, entsprechend zu behandeln, wird dagegen abgelehnt. Die Forderung bliebe hier grundsätzlich bestehen, die Vereinigung von Gläubigerrecht nur mit Eigentum habe nichts mit einer materiellen Befriedigung zu tun, und § 1173 I 1 stelle nur die Vereinigung in der Person des Eigentümers der Befriedigung gleich[152]).

Diese Ansicht erscheint schon einmal deshalb wenig folgerichtig, weil sie auf der einen Seite den Wortlaut des Gesetzes für unmaßgeblich hält, im anderen Falle sich jedoch auf den Wortlaut beruft. Aber auch die sonstigen Rechtfertigungsgründe für die unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle der Vereinigung in der Person des Gläubigers (Vereinigung von Gläubigerrecht und persönlicher nebst dinglicher Schuld bzw. nur dinglicher Schuld) sind nicht stichhaltig. Sie beruhen im Grunde auf der bereits früher[153]) abgelehnten Auffassung, daß ein Nebenschuldner nur seine eigene und nicht auch die Schuld des Hauptschuldners zum Erlöschen bringt. Deshalb hat eine Vereinigung der Vermögen des Gläubigers und eines Eigentümers, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, „nichts mit einer materiellen Befriedigung zu tun"[154]). In Wahrheit kann man hier jedoch genauso von einer materiellen Befriedigung sprechen, wie wenn sich Forderung und Schuld vereinigen.

Für den Fall, daß der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner war, glaubt man die Vereinigung in der Person des Gläubigers trotz des Wortlauts des § 1173 I 2 der Befriedigung gleichsetzen zu können. Es mache wirtschaftlich keinen Unterschied, ob vor dem Erbfall Befriedigung oder mit dem Erbfall Vereinigung eintritt[155]). Warum sollte dasselbe nicht auch dann gelten, wenn der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner war? Auch hier ist es materiell dasselbe, ob nun der Eigentümer vor dem Erbfall den Gläubiger befriedigt oder mit dem Erbfall sich Gläubigerrecht und dingliche Schuld vereinigen. Was also in einem Falle die Ausdehnung des § 1173 I 2 über seinen Wortlaut hinaus rechtfertigt, rechtfertigt diese Ausdehnung auch im anderen Falle[156]).

---

152) Brinck S. 102 f. Siehe auch RG Band 77 S. 151; KG Band 51 S. 301; RGR § 1173, 5; Planck § 1173, 2 b.

153) S. 38 f.

154) Brinck a. a. O.

155) Vor allem Brinck S. 100.

156) Ebenso im Ergebnis Neumann § 1173, 2 b α. Widerspruchsvoll Staudinger § 1173, I 2, welcher es erst für gleichgültig erklärt, ob der Eigentümer das Gläubigerrecht oder der Gläubiger das Eigentum erwirbt (unter Berufung auf Neumann), dann aber ausführt, der Gläubiger behalte die Gesamthypothek unverändert, wenn der Eigentümer, welchen er beerbt, nicht sein persönlicher Schuldner ist.

Es ist bisher immer nur davon ausgegangen, daß die Vermögensmasse des Gläubigers sich mit der Vermögensmasse eines Eigentümers vereinigt hat, wobei vor allem die Vereinigung im Wege der Erbfolge praktische Bedeutung hat. Die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person wird sich überhaupt nur durch Verbindung der Vermögen vollziehen. Eine Vereinigung lediglich von Gläubigerrecht mit dinglicher Schuld kann dagegen nicht zuletzt auch durch rechtsgeschäftliche Uebertragung, sei es lediglich der Gläubigerrechte auf den Eigentümer oder allein des Eigentums auf den Gläubiger stattfinden. Eine abweichende Beurteilung der Vereinigung ist aber auch hier — mit einer Ausnahme im Falle der Uebertragung des Eigentums auf den Gläubiger — nicht am Platze. Die rechtsgeschäftliche Uebertragung allein des Gläubigerrechts auf den Eigentümer ist namentlich auch aus dem Grund der Befriedigung gleichzusetzen, um eine Umgehung des § 1173 I Satz 1 unmöglich zu machen. Der befriedigte Gläubiger soll nicht statt Quittungserteilung seine Rechte gegen die anderen Eigentümer abtreten können. Er ist tatsächlich befriedigt, und es sollen auch die Folgen der Befriedigung eintreten. Aber auch im umgekehrten Falle, in welchem lediglich das Eigentum auf den Gläubiger übertragen wird, ist die Gleichstellung mit der Befriedigung gerechtfertigt, soweit nur die Vereinigung wirtschaftlich der Befriedigung gleichgesetzt werden kann. Dies trifft namentlich dann zu, wenn der Gläubiger der Gesamthypothek durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren eines der belasteten Grundstücke erwirbt und seine Hypothek gemäß § 52 I ZVG bestehen bleibt. Hier ist der Gläubiger wirtschaftlich wegen seiner Forderung bereits befriedigt, indem in Höhe seiner Forderung der Wert des Grundstücks ohne Gegenleistung in sein Vermögen gelangt ist[157]). Aehnlich liegt der Fall, wenn der Gläubiger durch gewöhnlichen Kaufvertrag das Grundstück vom Eigentümer erwirbt und den Betrag der Gesamthypothek vom Kaufpreis in Abzug bringt, genauso wie sonst in der Regel ein Käufer nur den

---

157) Das KG in Band 51 A S. 299 ff (301) will unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes diesen Fall nicht der Befriedigung gleichsetzen. Da das KG außerdem z. B. auch einem Vollstreckungsschuldner, welcher nur Eigentümer ist, einen Anspruch auf Befriedigung des Gläubigers gemäß § 53 I ZVG (Erfüllungsübernahme) selbst dann versagt, wenn der Vollstrechungsschuldner dem persönlichen Schuldner gegenüber zur Abtragung verpflichtet ist (S. 302), bleibt zu fragen, was der arme Vollstreckungsschuldner machen soll, wenn später der persönliche Schuldner und andere Eigentümer, dem er aus § 415 III verpflichtet ist, aus der Gesamthypothek in Anspruch genommen wird. Sein Grundstück hat er ohne Gegenleistung, soweit es mit der Gesamthypothek belastet war, verloren. Außerdem ist er aus seiner Erfüllungsübernahme dem anderen Eigentümer ersatzpflichtig. Deutlicher kann die Notwendigkeit, die Vereinigung von Gläubigerrecht und Eigentum in der Person des Eigentümers und in der Person des Gläubigers gleich zu behandeln, nicht dargetan werden.

um den Betrag der Belastung verminderten Kaufpreis zahlt[158]). Wirtschaftlich gesehen ist hier die Sachlage die gleiche, ob nun der Eigentümer den Gläubiger erst befriedigt und demnächst den vollen Kaufpreis erhält, oder der Hypothekenbetrag vom Kaufpreis in Abzug gebracht, und nur der so gekürzte Kaufpreis gezahlt wird. Es wäre recht formal gedacht, wollte man hier nicht die gleiche Wirkung wie bei gewöhnlicher Befriedigung des Gläubigers eintreten lassen. Zahlt freilich der Gläubiger den vollen Kaufpreis, so fallen die Gründe für eine Gleichsetzung mit der Befriedigung des Gläubigers fort.

In allen Fällen, in denen sich kraft Gesetzes oder kraft Vertrages Gläubigerrecht und persönliche sowie dingliche Schuld oder nur dingliche Schuld in einer Person vereinigen, sei es in der Person eines Eigentümers oder in der Person des Gläubigers, mit Ausnahme des zuletzt genannten Falles, treten dieselben Folgen ein, wie sie § 1173 I 1 und II bei gewöhnlicher Befriedigung des Gläubigers vorsieht. Die Gesamthypothek erlischt an allen anderen Grundstücken. Der Gläubiger bezw. Eigentümer, in dessen Person die Vereinigung eintritt, erwirbt sie nur insoweit, wie sie dem Eigentümer auch bei Befriedigung des Gläubigers zustehen würde.

Das Ergebnis ist dasselbe, wenn die Eigentümer zugleich Gesamtschuldner sind. Hier trifft Vereinigung von Gläubigerrecht und persönlicher Schuld stets mit Vereinigung von Gläubigerrecht und dinglicher Schuld zusammen. Während also für gewöhnlich bei Gesamtschuldnern die Vereinigung von Forderung und Schuld nur für und gegen den Gesamtschuldner wirkt, in dessen Person sie eintritt (§ 425), gilt dann etwas anderes, wenn die Gesamtschuldner zugleich Gesamthypothekare sind. Die Bestimmung der §§ 1173 ff ist gegenüber § 425 als lex specialis anzusehen[159]).

II. Die Rückgriffshypothek eines Eigentümers gegen einen anderen bei Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung.

Das Gesetz schafft in § 1182 von den in § 1173 für den Rückgriff unter Gesamthypothekaren entwickelten Grundsätzen für den Fall eine Reihe Abweichungen, daß der Gläubiger nicht freiwillig, sondern im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück eines der Eigentümer befriedigt wurde.

158) Daß der Gläubiger den Betrag seiner Gesamthypothek vom Kaufpreis abzieht, ist namentlich dann denkbar, wenn der persönliche Schuldner voraussichtlich bei Fälligkeit der gesicherten Forderung nicht zahlen kann.

159) Robert S. 30.

Nach § 1181 I erlischt eine Hypothek, wenn der Gläubiger aus dem belasteten Grundstück befriedigt wird. Das gilt zunächst nur für die Einzelhypothek. Es wird deshalb in § 1181 II eine Ergänzung dahin getroffen, daß bei Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke auch die übrigen Grundstücke frei werden. Zu Gunsten des Rückgriffs wird hiervon in § 1182 eine Ausnahme geschaffen. § 1182 bestimmt, daß der Eigentümer, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt wurde, und welcher von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann, die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers kraft Gesetzes erwirbt[160]).

Bei freiwilliger Befriedigung des Gläubigers enthält § 1173 eine Ausnahme von den Vorschriften über die Eigentümerhypothek (§ 1172). Es bildet deshalb die Rückgriffshypothek des § 1173 II mit einer Eigentümerhypothek stets eine Gesamtbelastung. Bei zwangsweiser Befriedigung des Gläubigers aus einem der Grundstücke ist für eine Gesamtbelastung kein Raum mehr. Die Grundstücksbelastung im ganzen hat ihre Aufgabe erfüllt und ist deshalb gemäß § 1181 II grundsätzlich in vollem Umfange erloschen. Soll sie dem Rückgriff des einen Gesamthypothekars gegen den anderen dienstbar gemacht werden, so kann dies nur in Form einer Einzelhypothek am Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers geschehen.

Es bleibt ausnahmsweise auch nach § 1182 eine Gesamtbelastung bestehen, wenn

1. der ersatzpflichtige Eigentümer mehrere mit der Gesamthypothek belastete Grundstücke besitzt, oder
2. mehrere Eigentümer auf Grund besonderer Vereinbarungen für den Ausgleich als Gesamtschuldner haften.

In beiden Fällen ist es aber die Rückgriffshypothek selbst, die als Gesamthypothek zur Entstehung gelangt. Im Falle 1 folgt die Entstehung der Gesamtrückgriffshypothek ohne weiteres aus dem Sinn der Rückgriffsbestimmung des § 1182 und des Rückgriffs überhaupt. In § 1182 wird davon ausgegangen, daß der Ausgleichspflichtige nur Eigentümer e i n e s Grundstücks ist. Es ist deshalb der Uebergang der „Hypothek an d e m Grundstück dieses Eigentümers" angeordnet. Hat er nun m e h r e r e Grundstücke, so ist bei sinngemäßer

160) An dieser Stelle tritt im Gesetz selbst — im Gegensatz zu den im Schuldrecht geregelten Fällen — die rechtliche Natur des gesetzlichen Ueberganges von Gläubigerrechten zu Rückgriffszwecken deutlich hervor. Ein an sich erloschenes Gläubigerrecht wird vom Gesetz mit neuem Inhalt aber unveränderter äußerer Gestalt dem Ausgleich dienstbar gemacht. Vergleiche oben S. 39.

Anwendung des § 1182 bestimmt, daß die „Hypothek an den Grundstücken dieses Eigentümers" übergehen soll, das heißt als Gesamthypothek, wie sie in der Hand des Gläubigers bestand. Im Falle 2, in welchem mehrere Eigentümer als Gesamtschuldner ausgleichspflichtig sind, kann vor allem deshalb nur eine Gesamtrückgriffshypothek entstehen, weil anderenfalls die Belastung der Grundstücke eine unzulässige Erhöhung erfährt[161]).

Sind mehrere Eigentümer zu Teilbeträgen ersatzpflichtig, entstehen nach § 1182 mehrere Einzelrückgriffshypotheken zu den Teilbeträgen.

Es fallen unter § 1182 dieselben Fälle, in denen sich bei freiwilliger Befriedigung aus § 1173 II eine Rückgriffshypothek ergibt. So macht es bei § 1182 ebensowenig wie bei § 1173 einen Unterschied, ob der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht, und ob die Ersatzpflicht durch Vertrag oder Gesetz begründet wurde und zu welcher Zeit[162]). Insbesondere entsteht in dem Falle, daß der persönliche Schuldner zugleich einer der Eigentümer ist, und der Gläubiger aus dem Grundstück eines der anderen Eigentümer befriedigt wurde, nach den §§ 1143 I, 1182 genauso eine Rückgriffshypothek wie nach den §§ 1143 I, 1173 II. Letzteres ist nicht unbestritten.

Es wird die Ansicht vertreten, daß § 1143 I bei zwangsweiser Befriedigung des Gläubigers keine Anwendung finden könne[163]). Es wird damit ein gesetzlicher Rückgriff des Eigentümers auf den persönlichen Schuldner abgelehnt[164]). Bestehen keine besonderen vertraglichen Vereinbarungen, aus denen sich ein Ausgleichsanspruch ergibt, hätte also der Eigentümer gegen den persönlichen Schuldner allenfalls einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Diese Ansicht kann sich auf den Wortlaut des Gesetzes berufen. § 1143 setzt eine Befriedigung durch den Eigentümer voraus. „Soweit er den Gläubiger befriedigt", geht die Forderung auf ihn über. Nach dem Sprachgebrauch des BGB ist hierunter zunächst nur eine freiwillige Befriedigung zu verstehen, wie ein Vergleich mit den entsprechenden Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen lehrt. Dem § 1143 entspricht beim beweglichen Pfand der

161) Sind z. B. dem Eigentümer A die Eigentümer B und C als Gesamtschuldner in voller Höhe ausgleichspflichtig, so würde bei zwei Einzelrückgriffshypotheken jedes Grundstück für sich in voller Höhe haften, sodaß auch zwei Eigentümerhypotheken über den vollen Betrag zur Entstehung gelangen können. Die etwaigen Nachhypothekare an den Grundstücken des B und des C hätten hier das Nachsehen.

162) KG Band 47 A S. 216.

163) Koban S. 98, Endemann II 1 § 120 Anm. 3.

164) Auch Brinck S. 45 lehnt hier die Anwendbarkeit des § 1143 I ab, will allerdings auf dem Umwege über § 1125 und den darin enthaltenen Grundsatz einen gesetzlichen Ausgleich zubilligen.

§ 1225. Nach § 1225 geht auf den Verpfänder, welcher nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, die Forderung über, „soweit er den Pfandgläubiger befriedigt". Der § 1225 wird nun aber im Gegensatz zu § 1143 noch besonders für den Fall ergänzt, daß die Befriedigung des Gläubigers nicht freiwillig, sondern aus dem Pfanderlös erfolgte. Es gilt nämlich nach § 1247 die Forderung „als von dem Eigentümer berichtigt", „soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt". Für § 1143 fehlt diese Ergänzung im Gesetz.

Die Meinung, daß damit bei zwangsweiser Befriedigung nach dem Gesetz der § 1143 I keine Anwendung finden könne, scheint sodann durch § 1143 II bestätigt zu werden. § 1143 II verweist für den Fall, daß eine Gesamthypothek besteht, zwar auf § 1173, läßt aber den § 1182 unerwähnt.

Die herrschende Ansicht verwirft dennoch mit Recht die enge Auslegung des § 1143 und läßt ihn gleichermaßen bei freiwilliger wie zwangsweiser Befriedigung des Gläubigers zur Anwendung kommen[165]). Es macht sachlich keinen Unterschied, auf welchem Wege der Gläubiger aus dem Vermögen eines Eigentümers befriedigt wird. Die Interessenlage ist stets die gleiche. Es wäre unverständlich, Unterschiede nach der Art der Befriedigung zu machen, und einen mittellosen Hypothekenschuldner schlechter zu stellen als den vermögenden, welcher den Gläubiger ohne weiteres befriedigen kann. Die Tatsache, daß mit Mitteln des Eigentümers der Gläubiger befriedigt wurde, muß genügen, um ihn nach § 1143 zu schützen. Bei Bürgschaft und Pfandrecht ist auch unterschiedslos ein gesetzlicher Ausgleich gegen den persönlichen Schuldner gegeben (§§ 774, 1225, 1247). Eine Ausnahme bei der Gesamthypothek für den Fall der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung wäre unverständlich, zumal im übrigen die Rückgriffsregelung in dinglicher Hinsicht unter Gesamthypothekaren bei freiwilliger wie zwangsweiser Befriedigung in § 1173 und § 1182 eine im wesentlichen übereinstimmende Regelung erfahren hat. Es geht auch aus der Entstehungsgeschichte des § 1143 hervor, daß an keine unterschiedliche Behandlung der beiden Befriedigungsarten gedacht war[166]).

Aus denselben Gründen ist es als unerheblich anzusehen, daß in § 1143 II nur auf § 1173 und nicht auch auf § 1182 verwiesen wird. Der Forderungsübergang nach § 1143 I muß in gleicher Weise wie bei § 1173 II auch nach § 1182 eine Rückgriffshypothek vermit-

165) Staudinger § 1181 III d β; Turnau-Förster § 1143, II 2 und 7; Bruck S. 198; Schulz S. 54; Planck § 1182, 1 und § 1143, 2 c (mit weiteren Verweisen).

166) Protokolle Band 6 S. 257.

teln[167]). Es ist kein Grund vorhanden, der es rechtfertigen könnte, das Rückgriffsverhältnis in obligatorischer Hinsicht in beiden Fällen gleich und in dinglicher verschieden zu behandeln. Die Unebenmäßigkeiten, die sich nach dem Wortlaut des Absatz 1 und des Absatz 2 des § 1143 ergeben, sind auch hier nur damit zu erklären, daß die gesetzlichen Rückgriffsregelungen nicht genügend einheitlich durchdacht sind.

Besteht unter den Gesamthypothekaren, die nur Nebenschuldner sind, keine vertragliche Ausgleichsregelung, so sprechen dieselben Gründe wie bei § 1173 auch bei den §§ 1181, 1182 für einen anteilsmäßigen Ausgleich in Form einer Rückgriffshypothek.

III. Die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners gegen einen Eigentümer.

Bisher ist nur die Entstehung der Rückgriffshypothek zu Gunsten eines der Gesamthypothekare behandelt worden. Dieser Gesamthypothekar konnte zugleich auch der persönliche Schuldner sein, da die §§ 1173 und 1182 die Ersatzansprüche des befriedigenden Eigentümers ohne Rücksicht darauf sicherstellen wollen, ob er zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht. Nach § 1174 kann aber auch dem persönlichen Schuldner, der nicht zugleich Gesamthypothekar ist, eine Rückgriffshypothek zustehen. Es geht auf ihn, wenn er den Gläubiger befriedigt, und von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann, die Hypothek an diesem Grundstück über. Die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Es wird also auch hier das alte dingliche Gläubigerrecht gegenüber dem aus dem Innenverhältnis Verpflichteten dem Rückgriff dienstbar gemacht, um diesen dinglich zu sichern und so „den berechtigten Interessen des Schuldners gerecht zu werden"[168])[169]).

Mit § 1174 wird die für die Einzelhypothek in § 1164 gegebene Bestimmung ergänzt. Nach § 1164 geht auf einen persönlichen Schuldner, welcher den Gläubiger befriedigt[170]) die Hypothek insoweit über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des

167) Zu demselben Ergebnis kommt das KG in Band 42 S. 274 ff (279).
168) RG Band 89 S. 80.
169) Da § 1174 einen persönlichen Schuldner voraussetzt, und damit das Bestehen einer persönlichen Forderung, ist er bei einer Hypothek, welche nach den Gutglaubensvorschriften (§§ 1138, 892) erworben war, nicht anwendbar (Brinck S. 122). Denn hier steht dem Hypothekengläubiger keine Forderung zu. Er kann lediglich die dingliche Klage aus der Hypothek geltend machen (z. B. Staudinger § 1138 III a β).
170) Die Vereinigung von Forderung und Schuld ist der Befriedigung gleichgestellt.

Eigentümers Ersatz verlangen kann. Im Falle der Gesamthypothek reicht diese Bestimmung nicht aus. Der in § 1173 II zum Ausdruck gekommene Grundsatz, daß die Gesamthypothek nur soweit übergeht, wie es die Rückgriffsinteressen erfordern, verdient auch hier Berücksichtigung. Es werden daher in § 1174 die Leitgedanken des § 1164 und des § 1173 miteinander verbunden. Der persönliche Schuldner erwirbt in Höhe seines Ersatzanspruchs nur eine Rückgriffshypothek am Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers, während die Gesamthypothek an den anderen Grundstücken in gleicher Höhe erlischt.

Es können auch zu § 1164 bereits Fälle gerechnet werden, in denen dem Gläubiger eine Gesamthypothek zustand. Voraussetzung ist hierbei, daß die mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke entweder in der Hand eines Eigentümers vereinigt sind, oder sämtliche Eigentümer dem persönlichen Schuldner als Gesamtschuldner für den Ersatz haften[171]). In diesen Fällen bedarf es keiner Sonderreglung gegenüber § 1164. Es entspricht hier der Regreßlage, wenn die Gesamthypothek nach § 1164 einheitlich und unverändert übergeht, und die Rechte des Gläubigers der Rückgriffshypothek sich wie die Rechte des ursprünglichen Gläubigers aus § 1132 bestimmen. § 1174 erlangt erst dann Bedeutung, wenn die Eigentümer dem persönlichen Schuldner nur teilweise als Gesamtschuldner oder einzeln zu Teilbeträgen ausgleichspflichtig sind. Hier würde ein uneingeschränkter Uebergang der Gesamthypothek mit den Rückgriffsbeziehungen nicht im Einklang stehen. Sind einige der Eigentümer als Gesamtschuldner ausgleichspflichtig, wird auch nach § 1174 insoweit eine Gesamtrückgriffshypothek erworben. Haben mehrere Eigentümer zu Teilbeträgen Ersatz zu leisten, entstehen mehrere Einzelrückgriffshypotheken[172]). Erreicht die Summe der Einzelrückgriffshypotheken nicht den Betrag der Gesamthypothek, so fällt der Restbetrag gemäß § 1172 den Eigentümern gemeinschaftlich zu[173]).

Wie bei dem Rückgriff des Nebenschuldners gegen den Hauptschuldner handelt es sich auch bei § 1174 um einen Rückgriff unter Schuldnern verschiedener Stufen[174]), nur daß der Rückgriff in der

171) Ebenso Wolff § 148 VII 2, Lang S. 311, Bruck S. 213 f (214 oben). Anderer Ansicht anscheinend Planck § 1174, 3 b.
172) Brinck S. 145 f, Robert S. 14, Lang S. 311.
173) Turnau-Förster § 1174, 3 lassen in Höhe des Restbetrages die Gesamthypothek überhaupt erlöschen. Gegen diese Ansicht spricht vor allem auch § 1174 I 2, der dann unverständlich wäre. Wie hier: Planck § 1174, 3 e; Lang S. 311 f; Brinck S. 146; Fuchs § 1174, 6.
174) Nur in einem Falle ist auch bei § 1174 denkbar, daß der Ersatzberechtigte und der Ersatzpflichtige Schuldner derselben Stufe sind. Haben z. B. von den Gesamtschuldnern A, B und C etwa B und C für ihre Schuld eine Gesamthypothek bestellt, und A befriedigt den Gläubiger, so kann

Stufenfolge, welche sich aus dem Außenverhältnis ergibt, in umgekehrter Richtung verläuft. Das setzt voraus, daß das äußere Verhältnis von Haupt- und Nebenschuld im inneren Verhältnis eine Umkehrung erfahren hat, „daß der persönliche Schuldner eine Leistung bewirkt hat, die im Verhältnis zum Eigentümer oder zu einem Rechtsvorgänger des Eigentümers einem von diesen und nicht dem Zahlenden oblag"[175]). Es müssen also naturgemäß immer besondere Umstände vorliegen, welche diese dem Normalverhältnis widersprechende Regelung bewirken. Die besonderen Umstände sind in Verpflichtungen des Nebenschuldners, welche sich aus vertraglichen Vereinbarungen, oder ausnahmsweise auch unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, zu suchen[176]).

Anders als im umgekehrten Rückgriffsfalle des Nebenschuldners gegen den Hauptschuldner, bei dem grundsätzlich unabhängig von der inneren Regreßlage das alte Gläubigerrecht gegen den Hauptschuldner ganz übergeht[177]), kann hier den Uebergang des Gläubigerrechts nur in Anlehnung an die inneren Rückgriffsbeziehungen der Schuldner gewährt werden. Denn als Regel ist anzunehmen, daß derjenige, welcher im Außenverhältnis als Hauptschuldner auftritt, auch im Innenverhältnis die Schuld zu tragen hat. Es wird daher das dingliche Gläubigerrecht nur nach dem Maßstab des besonderen Ersatzanspruchs vermittelt[178]), welcher sich aus vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtungen des Nebenschuldners ergibt. Die Hypothek geht nach § 1174 als Rückgriffshypothek auf den persönlichen Schuldner nur „insoweit" über, als er „Ersatz verlangen kann".

Bei der Einzelhypothek ist die Regelung des § 1164 nur im engen Zusammenhang mit § 1163 zu verstehen. § 1164 schafft eine Ausnahme von § 1163. Mit der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner erlischt die Forderung, welche der Hypothek zu Grunde liegt (§ 362). Damit würde nach § 1163 der Eigentümer die Einzelhypothek erwerben und zwar als Eigentümergrundschuld (§ 1177). Diesen Erwerb durch den Eigentümer verhindert § 1164, soweit der Eigentümer dem persönlichen Schuldner ersatzpflichtig ist, zu Gunsten des persönlichen Schuldners[179]).

Dem § 1163 für die Einzelhypothek entspricht § 1172 für die Gesamthypothek. Ebenso wie § 1164 im Interesse des Rückgriffs eine Ausnahme von § 1163 darstellt, ändert § 1174 in Fällen des Rückgriffs den § 1172 ab[180]).

Nach § 1172 I fällt in den Fällen des § 1163 die Gesamthypothek den Eigentümern gemeinschaftlich zu. Dieser gemeinschaftliche Erwerb wird nach § 1174 im Interesse des Rückgriffs ausgeschlossen. Statt den Eigentümern gemeinschaftlich zuzufallen, geht sie auf den persönlichen Schuldner als Rückgriffshypothek über, soweit es die Interessen des Rückgriffs erfordern. Darüber hinaus besteht allerdings kein Anlaß, den gemeinschaftlichen Erwerb der Eigentümer nach § 1172 auszuschließen. § 1174 II enthält daher nähere Anweisungen darüber, wie der gemeinschaftliche Erwerb der Gesamthypothek, soweit sie nicht gemäß § 1174 I zu Rückgriffszwecken verwandt wird, unter die beteiligten Eigentümer aufgeteilt werden soll. Er bestimmt, daß im Falle der Verteilung eines Restbetrages nach § 1172 der Eigentümer, gegen welchen der Rückgriff des persönlichen Schuldners besteht, sich den Betrag der Rückgriffshypo-

---

sich das dingliche Rückgriffsverhältnis nur nach § 1174 richten. A ist als persönlicher Schuldner und B und C sind als Eigentümer im Sinne von § 1174 zu behandeln, obwohl in § 1164 und § 1174 zunächst nur Schuldner verschiedener Stufen gemeint sind, wenn zwischen persönlichem Schuldner und Eigentümer unterschieden wird (vergl. hierzu Biermann in Arch. f. Bürgerl. R. Band 40 S. 321). Die Gesamthypothek kann hier aber nicht nach den §§ 412, 401 als solche übergehen (das S. 44 f Gesagte gilt entsprechend auch hier). So will in diesem Falle anscheinend auch Robert S. 14 den § 1174 anwenden und nur wegen der einzelnen obligatorischen Ausgleichsansprüche Einzelrückgriffshypotheken gewähren. Es ist aber nicht recht verständlich, wenn er schreibt, mit der Forderung aus § 426 II ginge auf den befriedigenden Gesamtschuldner „die für sie bestellte Hypothek" über. Dies folge „sowohl aus den §§ 1164, **1174** als auch aus den §§ 412, 401".

Es kann nun daraus, daß § 1174 Anwendung findet, nicht gefolgert werden, daß etwa in dem Fall, daß von mehreren Gesamtschuldnern nur einer eine Hypothek bestellt hatte und ausgleichspflichtig wird, § 1164 anwendbar sei. Hier ergibt sich die Rückgriffshypothek ausschließlich aus § 426 II in Verbindung mit den §§ 412, 401 (siehe hierzu auch Biermann in Arch. f. Bürgerl.R. Band 40 S. 321).

175) RG Band 131 S. 157.

176) Hiervon später S. 59 ff.

177) Nach § 1143 in Verbindung mit den §§ 412, 401, 1153, wenn der Hauptschuldner eine Einzelhypothek bestellt hatte; nach den §§ 1143, 1173 II, wenn er neben anderen als Gesamthypothekar haftete.

178) Aehnlich wie bei Schuldnern derselben Stufe, bei denen grundsätzlich nur teilweiser Rückgriff gewährt werden kann (§ 426 II).

179) Hier zeigt sich (ähnlich wie bei den §§ 1181, 1182) deutlich, daß an sich verbrauchte Gläubigerrechte zu Rückgriffszwecken „übergehen". (Vergleiche S. 39). Auch die Rückgriffshypothek, welche nach den § 412, 401 in Anlehnung an einen Forderungsübergang der §§ 426 II, 774, 1225 aus einer Einzelhypothek entsteht, stellt schon eine Ausnahme vom Grundsatz des § 1163 dar. Denn mit der Befriedigung des Gläubigers durch einen Gesamtschuldner, Mitbürgen oder sonstigen Nebenschuldner erlischt auch dessen persönliche Forderung gegen andere bezw. den Hauptschuldner, und der dennoch vom Gesetz zum Zwecke des Rückgriffs verordnete Forderungsübergang ist kein wahrer und echter Uebergang, sondern nur die Form für die Gewährung eines gesetzlichen Ersatzanspruchs. Damit enthalten aber die Vorschriften der §§ 426 II, 774, 1225, 412, 401 im Interesse des Rückgriffs zugleich auch Ausnahmen von § 1163, soweit nach ihnen eine Rückgriffshypothek zur Entstehung gelangt. Die Hypothek stünde auch dort normalerweise nach § 1163 schon dem Eigentümer zu.

180) Teilweise wird angenommen, daß § 1174 (1164) auch eine Ausnahme von § 362 enthält. Hierauf wird später bei der Behandlung der rechtlichen Natur der Rückgriffshypothek (S. 69) einzugehen sein.

thek „auf den ihm nach § 1172 gebührenden Teil des übrig bleibenden Betrags anrechnen lassen muß". Diese Bestimmung hat trotz des Wortlauts, der damit nicht ganz im Einklang steht, den Sinn, daß dem Eigentümer, welcher mit Befriedigung des Rückgriffsanspruchs auch die Rückgriffshypothek gemäß § 1163 erwirbt, im Ergebnis möglichst nicht mehr Eigentümergrundschuld zustehen soll, als ihm zustehen würde, wenn § 1172 nach Befriedigung des Hypothekengläubigers durch den persönlichen Schuldner uneingeschränkt zur Anwendung gekommen wäre[181]). Der aus der Rückgriffshypothek verpflichtete Eigentümer soll im Ergebnis nur seinen Anteil an der Gefahrgemeinschaft, die gegenüber dem gemeinsamen Gläubiger besteht, zurückerhalten[182]).

Es sei im folgenden ein Beispiel gegeben: A und B haben für die Schuld des C an ihren Grundstücken eine Gesamthypothek in Höhe von 20.000.— RM bestellt. C befriedigt den Gläubiger und kann von A 4.000.— RM ersetzt verlangen, sodaß er eine Rückgriffshypothek über 4.000.— RM am Grundstück des A nach § 1174 I erwirbt. Im übrigen fällt die Hypothek (16.000.— RM) A und B nach § 1172 gemeinschaftlich zu. Nehmen wir nun an, die Grundstücke von A und B hätten gleichen Wert, so hätte, wenn keine Rückgriffshypothek nach § 1174 entstanden wäre, jeder von ihnen nach § 1172 eine Eigentümerhypothek über 10.000.— RM erhalten. Dasselbe Ergebnis wird aber auch beim Entstehen einer Rückgriffshypothek angestrebt. A erhält von den 16.000.— RM nach § 1174 II nur noch 6.000.—RM[183]).

Uebersteigt der Betrag der Rückgriffshypothek den Anteil, der normalerweise nach § 1172 dem zum Ersatz verpflichteten Eigentümer an der Gesamthypothek zusteht, so wird der verbleibende Betrag der Gesamthypothek überhaupt nur unter die übrigen Eigentümer verteilt[184]).

181) Planck § 1174, 5 und die dort Genannten. Ferner: Wolff § 148 VII 2 am Ende, Brinck S. 148, Lang S. 312. Anderer Meinung Hagemann in Gruch. Band 53 S. 44 ff, Staudinger § 1174, 2 d. Sie ziehen den Betrag der Rückgriffshypothek vom Wert des betreffenden Grundstücks ab und verteilen den Rest nach diesem neuen Wertverhältnis. Ebenso Robert S. 36 f. Wieder noch anders anscheinend Hachenburg Vorträge S. 634.

182) Vergleiche S. 31.

183) Wollte man sich streng an den Wortlaut des § 1174 II halten (das tun übrigens auch Hagemann, Staudinger und Hachenburg a. a. O. nicht), so würde das Ergebnis im obigen Beispiel wie folgt sein: Der nach Abzug der Rückgriffshypothek von 4000.— RM. verbleibende Betrag von 16 000.— RM. wird gemäß § 1172 verteilt. A und B würden also je 8000.— RM. erhalten. Hierauf muß sich A die 4000.— RM. Rückgriffshypothek anrechnen lassen. Er erhält nur 4000.— RM., B dafür nunmehr 8000.— RM. + 4000.— RM. = 12 000.— RM. Dieses Ergebnis wäre gänzlich unverständlich.

184) Planck § 1174, 5; Fuchs § 1174, 6; Meikel S. 118. Wäre also im obigen Beispiel A dem C in Höhe von 12 000.— RM. ersatzpflichtig, so würde der Restbetrag der Gesamthypothek (8000.— RM.) dem B allein zufallen.

Der Hauptfall des § 1174 ist dann gegeben, wenn der persönliche Schuldner zunächst selbst Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke war, aber sein Grundstück an einen Dritten veräußert hat. Im Grundstückskaufvertrag wird hier regelmäßig bei den Vereinbarungen über den Preis eine Bestimmung aufgenommen, daß der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis die Hypothek übernimmt. Es wird der Betrag der Hypothek vom Kaufpreis abgezogen, und der Käufer ist verpflichtet, den Hypothekengläubiger bei Fälligkeit der Hypothek zu befriedigen. Sofern diese Schuldübernahme nicht gemäß § 416 vom Gläubiger genehmigt wird, — was selten der Fall ist — bleibt der Verkäufer nach wie vor der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung. Der Käufer ist lediglich im Innenverhältnis zu rechtzeitiger Abtragung der Schuld verpflichtet (§ 415 III). Bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung steht dem persönlichen Schuldner, wenn er selbst den Gläubiger befriedigen muß, ein Ersatzanspruch zu, der eine Rückgriffshypothek nach § 1174 (oder 1164) vermittelt[185]).

Außer dem Fall des § 415 III, der zur Einfügung der §§ 1164, 1174 in das Gesetz Anlaß gab[186]), gibt es kaum weitere Fälle, in denen nach § 1174 (oder § 1164) auf Grund vertraglicher Beziehungen eine Rückgriffshypothek zu Gunsten des persönlichen Schuldners entsteht. In der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts ist nur ein einziger weiterer Fall festzustellen[187]), der sich allerdings zunächst nur auf § 1164 bezieht, aber mit geringen Aenderungen des Tatbestandes auch für § 1174 denkbar wäre. Es handelt sich dort kurz um folgenden Fall: A kauft von B ein Grundstück. Für die Kaufpreisanzahlung nimmt A von C ein Darlehn auf. Die Anzahlung wird mit diesen Mitteln geleistet. Da A noch nicht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, bestellt B an dem Grundstück — das ja noch ihm gehört — für die Darlehnsschuld des A an C eine Hypothek. Später wird der Kaufvertrag hinfällig[188]). B ist Eigentümer des Grundstücks geblieben. A wird sodann als per-

185) Ist der Kaufpreis in bar zu zahlen, und der Verkäufer demgemäß zur Abtragung der Hypothek verpflichtet, so ist nur eine gewöhnliche Kaufpreisforderung gegen den Käufer begründet. Der Verkäufer, der hier den Hypothekengläubiger befriedigt, hat nicht etwa wegen des Kaufpreises, der mit Rücksicht auf die Hypothek noch nicht bezahlt ist, einen „Ersatzanspruch" im Sinne der §§ 1164, 1174 gegen den Käufer und Grundstückseigentümer. Vergleiche auch den Fall einer bedingten Schuldübernahme in RG Band 131 S. 154 ff.

186) Und außer dem Fall der Gesamtschuld oben S. 55 Anm. 174.

187) Im 53. Band S. 378 ff.

188) Es handelte sich um eine Gastwirtschaft, für welche die Wirtschaftskonzession nicht erteilt wurde. Für diesen Fall sollte der Kaufvertrag ohne weiteres hinfällig werden.

sönlicher Schuldner in Anspruch genommen. Das RG hat auf diesen Fall § 1164 für anwendbar erklärt. A habe am Grundstück des B eine Rückgriffshypothek erworben. Wäre die Hypothek außer am Grundstück des A etwa noch am Grundstück des D als Gesamthypothek eingetragen worden, hätte § 1174 Anwendung finden müssen.

Dieses Ergebnis ist zu billigen. Man muß sich jedoch bewußt bleiben, daß die §§ 1164, 1174 hierbei eine ausdehnende Auslegung erfahren haben. Die §§ 1164 und 1174 fordern einen Ersatzanspruch. Das RG hat nun an anderer Stelle[189]) ausgeführt, daß die Verpflichtung zum Ersatz auf einer beliebigen Vorschrift des BGB beruhen könne. „Aber es muß sich um einen Ersatz, also um einen rechtlichen Ausgleich dafür handeln, daß der persönliche Schuldner eine Leistung bewirkt hat, die im Verhältnis zum Eigentümer oder zu einem Rechtsvorgänger des Eigentümers einem von diesen und nicht dem Zahlenden oblag". In dem hier erörterten Fall steht jedoch dem A nur ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu, nachdem der Kaufvertrag als Rechtsgrund für die Anzahlung hinfällig geworden ist (§ 812). Von einer Verpflichtung des B aus dem Innenverhältnis, die Schuld abzutragen, kann keine Rede sein. Gleichwohl entspricht es dem in den §§ 1164, 1174 zum Ausdruck gekommenen Grundsatz, hier dem A eine Rückgriffshypothek zu gewähren. „B[190]) hatte für eine fremde Schuld, nämlich für die dem C gegenüber, bestehende Darlehnsschuld des A sein Grundstück verpfändet. Man tut das, abgesehen von dem hier nicht gegebenen Fall der Schenkung, nicht ohne materiellen Grund. Dieser lag darin, daß B von A eben diesen Darlehnsbetrag als evtl. zurückzuzahlendes Kaufgeld erhalten hatte". Wenn das RG weiter ausführt: „Wurde der Kaufvertrag hinfällig, ... so diente die Hypothek, die B für die formell ihm fremde Darlehnsschuld des A von 6.000.— RM bestellt hatte, materiell dem A zugleich als Sicherheit für die Rückzahlung des Kaufgeldes von 6.000.— RM, welches B von A erhalten hatte", so läßt sich statt dessen vielleicht besser sagen: Wurde der Kaufvertrag hinfällig, so entspricht es dem in den §§ 1164, 1174 zum Ausdruck gekommenen Grundsatz, auch hier die Hypothek auf A zur Sicherheit seines Anspruchs zu übertragen.

Von Bedeutung sind noch die Fälle, in denen die Verpflichtung des Grundstückseigentümers gegenüber dem persönlichen Schuldner[191]), die Hauptschuld abzutragen, nicht vertraglich (§ 415 III), sondern gesetzlich begründet ist. Sie sind dann gegeben, wenn ein

189) Band 131 S. 157.

190) Es werden die hier gebrauchten Buchstaben für die Personenbezeichnungen in der RG-Entscheidung eingesetzt.

191) Der wohlgemerkt nicht zugleich Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke ist.

Vermächtnisnehmer mit einem Grundstück bedacht ist, auf welchem eine Gesamthypothek für eine Schuld des Erblassers lastet, und der Erbe nicht zugleich Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke ist (§§ 2166 f).

Die Verpflichtung des Vermächtnisnehmers zur Befriedigung des Gläubigers nach den §§ 2166 ff ist verschieden, je nachdem, ob die übrigen belasteten Grundstücke gleichfalls dem Erblasser gehörten, aber Gegenstand weiterer Vermächtnisse sind, oder schon zur Zeit des Erbfalles im Eigentum Dritter standen. Im letzteren Falle ist der Vermächtnisnehmer im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers insoweit verpflichtet, als die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird (§ 2166 I). Gehörten die übrigen Grundstücke zwar dem Erblasser, sind aber gleichfalls im Wege des Vermächtnisses in das Eigentum Dritter gelangt, sodaß der Erbe auch hier lediglich persönlicher Schuldner ist, so beschränkt sich die Verpflichtung der Vermächtnisnehmer im Zweifel auf den Teil der Schuld, der dem Verhältnisse des Wertes des vermachten Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht (§ 2167). Verstößt ein Vermächnisnehmer gegen die Verpflichtung aus § 2166 I oder § 2167, und muß der Erbe den Gläubiger befriedigen, so ist der Vermächtnisnehmer ersatzpflichtig, und insoweit entsteht nach § 1174 zu Gunsten des Erben eine Rückgriffshypothek.

Die Entstehung der Rückgriffshypothek nach § 1174 I setzt in jedem Falle eine wirksame Hypothek voraus. War die für die persönliche Schuld bestellte Hypothek aus irgend einem Grunde unwirksam, und somit das Grundbuch unrichtig, etwa weil es an einer Einigung fehlte, so kann auch keine Rückgriffshypothek nach § 1174 auf den persönlichen Schuldner übergehen. Ein gutgläubiger Erwerb der Rückgriffshypothek durch den persönlichen Schuldner ist nicht möglich.

Der Schutz des § 892 kommt dem persönlichen Schuldner schon deshalb nicht zustatten, weil § 892 nach ausdrücklicher Bestimmung nur für den Erwerb von Grundstücksrechten durch Rechtsgeschäft gilt. Der Erwerb der Rückgriffshypothek nach § 1174 vollzieht sich aber kraft Gesetzes. Auch § 893, welcher den guten Glauben auf die Richtigkeit des Grundbuchs dann schützt, „wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt", kann keine Anwendung finden. Der persönliche Schuldner hat nicht auf Grund der am Grundstück des anderen eingetragenen Hypothek, sondern auf Grund seiner persönlichen Verpflichtung den Gläubiger befriedigt[192]).

192) Brinck S. 123, 134; Planck § 892 II 1 d.

Brinck[193]) weist auch mit Recht darauf hin, daß dieses Ergebnis allein dem Zweck der §§ 1164, 1174 entspricht. Es soll mit Rücksicht auf die Fälle des § 415 III der Schuldner so gestellt werden, wie wenn er den Gläubiger bereits vor Veräußerung seines Grundstücks befriedigt hätte, und der Käufer und Eigentümer soll keinen ungerechtfertigten Vorteil haben. Bestand überhaupt keine Hypothek, so fallen die Gründe für die Gewährung einer Rückgriffshypothek fort.

§ 3. Die rechtliche Natur der Rückgriffshypothek.

Ueber die rechtliche Natur der Rückgriffshypothek sagt das BGB nichts[1]). Sie ist anderweitig aus dem Gesetz herzuleiten.

Darüber, welche rechtliche Natur die Rückgriffshypothek bei der Gesamthypothek im Falle freiwilliger Befriedigung des Gläubigers hat (§ 1173 II), werden verschiedene Meinungen vertreten. Anlaß zu diesen Meinungsverschiedenheiten gibt einmal der Umstand, daß die Rückgriffshypothek nicht in Anlehnung an einen gesetzlichen Forderungsübergang, sondern an einen obligatortischen Ersatzanspruch gewährt wird. Andererseits entstehen dadurch Zweifel, daß § 1173 II bestimmt, daß die Rückgriffshypothek mit der Hypothek am eigenen Grundstück Gesamthypothek bleibt, beide aber der Höhe nach verschieden sein können.

Die eine Ansicht will die Eigentümerhypothek, welche nach § 1173 I entsteht, zusammen mit der Rückgriffshypothek aus § 1173 II im ganzen Umfange unabhängig davon, daß beide verschieden hoch sein können, als einheitliche Gesamtbelastung behandeln. Diese Gesamtbelastung sei eine Gesamtgrundschuld oder eine Gesamthypothek, je nachdem, ob der befriedigende Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner war oder nicht, also die ursprüngliche Forderung erlosch (§ 362) oder auf ihn überging (§ 1143)[2]).

Zwei andere Ansichten nehmen dagegen eine Aufteilung der beiden Hypotheken aus § 1173 Absatz 1 und Absatz 2 vor. Sie gehen beide gemeinsam davon aus, daß sich die Rückgriffshypothek des § 1173 II stets mit dem dort vorausgesetzten Ersatzanspruch verbinde. Es fände ein Wechsel der Forderung statt, welche der Hypothek zu Grunde liegt. Nach der einen Ansicht entsteht nun diese

193) S. 124 f.

1) Nach den Protokollen Band 3 S. 728 sollte diese Frage der juristischen Konstruktion überlassen bleiben.

2) Turnau-Förster § 1173, II 5 Absatz 2; Bruck S. 210 f; Brinck S. 91 ff (94, auch 78 f, 117 ff); Fuchs § 1173, 9 a; Schreiber S. 326.

Hypothek mit der Ersatzforderung als neuer Forderung lediglich am Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers, während die Hypothek am Grundstück des ersatzberechtigten in voller Höhe nach den §§ 1143 I, 1177 entweder Eigentümergrundschuld oder Hypothek des Eigentümers ist, je nachdem, ob der ersatzberechtigte zugleich persönlicher Schuldner war oder nicht[3]). Die andere Ansicht hingegen unterstellt auch der Hypothek am eigenen Grundstück des ersatzberechtigten Eigentümers in Höhe der Rückgriffshypothek die Ersatzforderung und läßt nur wegen des Restes die Folgen aus § 1173 I und § 1177 eintreten[4])[5]).

Es ist der ersten Ansicht zuzustimmen, nach welcher die Rückgriffshypothek aus § 1173 II ebenso wie die Eigentümerhypothek aus § 1173 I eine Grundschuld oder eine Hypothek ist, welcher die übergegangene Forderung zu Grunde liegt, je nachdem, ob die Forderung erloschen ist, oder ein Uebergang nach § 1143 I stattgefunden hat.

Die beiden Ansichten, welche eine Rückgriffshypothek für den Ersatzanspruch annehmen, sind schon deshalb abzulehnen, weil sie die Frage nach der rechtlichen Natur der Rückgriffshypothek dann unbeantwortet lassen, wenn ein allgemeiner gesetzlicher Ausgleich in Form von Rückgriffshypothek stattfindet, also kein besonderer obligatorischer Ersatzanspruch besteht. In den Fällen, in denen lediglich als Nebenschuldner verpflichtete Eigentümer besondere Ausgleichsvereinbarungen getroffen haben, könnte man sich mit einer Rückgriffshypothek für einen Ersatzanspruch allenfalls noch zufrieden geben. Sind jedoch die Eigentümer z. B. zugleich Gesamtschuldner, so entstünden über die rechtliche Natur der Rückgriffshypothek Zweifel. Diejenigen, welche sich für eine Rückgriffshypothek für den Ersatzanspruch einsetzen, gehen auf diesen Fall überhaupt nicht ein[6]), obwohl er doch wegen seiner Eigenart eine be-

3) Biermann § 1173, 2 b; derselbe in Recht 1905 S. 265 ff (266); Lang S. 308; Staudinger § 1173, II b.

4) Planck § 1173, 4 b β; Wolff § 148 VII 2 mit Anm. 27.

5) Das RG nimmt gleichfalls einen gesetzlichen Forderungsaustausch an. Die Rückgriffshypothek bestehe für die Ersatzforderung und verbinde sich mit ihr. Die Frage, wie sich dann die Gesamthypothek des § 1173 II gestaltet, hat das RG offen gelassen (Band 81 S. 71 ff) (Siehe auch Band 129 S. 30, Band 131 S. 157 und in JW 1931 S. 3440 Nr. 9). Auch Robert S. 51 ff, 55 nimmt eine Rückgriffshypothek für den Ersatzanspruch an, und zwar ist die Rückgriffshypothek seiner Ansicht nach stets eine Sicherungshypothek. Er steht jedoch mit dieser Ansicht allein.

6) Mit Ausnahme des RGK § 1173, 6, der auf diese Fälle die §§ 412, 401 uneingeschränkt anwenden will und die Anwendbarkeit des § 1173 II verneint. (Letzteres tut zwar auch Brinck S. 109 ff, der aber eine Rückgriffshypothek für den Ersatzanspruch ablehnt. Brinck S. 91 ff). Staudinger § 1173, II a läßt auch bei §§ 426, 774 den § 1173 II ausdrücklich Platz greifen, gibt aber keine nähere Erklärung, wie dies mit der Hypothek für die Er-

sondere Erwähnung und Einreihung erwarten läßt. Denn in diesen Fällen geht in Höhe des gesetzlichen (§ 426 I) oder vertraglichen Ersatzanspruchs nach § 426 II auch die ursprüngliche Forderung gegen den Ausgleichspflichtigen über. Es besteht neben dem Ersatzanspruch aus Gesetz oder Vertrag auch die alte Forderung gegen den zum Ausgleich Verpflichteten weiter. Hier ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, welcher es rechtfertigen könnte, etwa einen gesetzlichen Forderungswechsel anzunehmen und statt einer Rückgriffshypothek mit der ursprünglichen Forderung (426 II) eine solche mit der besonderen Ersatzforderung (etwa des § 426 I) zu gewähren. Letzteres würde auch damit nicht zu vereinbaren sein, daß sonst beim gesetzlichen Forderungsübergang die Hypothek am Grundstück des Schuldners nach den §§ 412, 401 der Forderung folgt, wenn Forderungs- und Hypothekenschuldner dieselbe Person sind.

Es ist auch sonst kein hinreichender Grund für die Annahme eines gesetzlichen Forderungsaustausches vorhanden. Ein gesetzlicher Forderungsaustausch ist dem Gesetz unbekannt[7]), und § 1173 bestimmt nur, daß „in Höhe" des Ersatzanspruchs, aber nicht für denselben die Hypothek übergehen soll[8]). Aber nicht allein nach dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch nach den inneren Zusammenhängen erscheint die Annahme einer Rückgriffshypothek für den Ersatzanspruch ausgeschlossen.

Eine Rückgriffshypothek für den Ersatzanspruch würde gegen den allgemein entwickelten Grundsatz verstoßen, daß lediglich die alte Haftungsform, so wie sie dem Gläubiger zustand, zu höherer Sicherheit dem Rückgriff dienstbar gemacht werden soll. Bei einem gesetzlichen Forderungsaustausch können nämlich Veränderungen der Haftung des Grundstücks eintreten. Die Zins- und Zahlungsbedingungen der Ersatzforderung würden auch für die Hypothek zu gelten haben (vergleiche § 1115), und die ursprünglich für die Hypothek maßgebenden Zins- und Zahlungsbedingungen hinfällig werden[9]). Soweit sich dies allein gegen den Grundstückseigentümer

satzforderung als einer neuen Forderung (§ 1173, II b) in Einklang zu bringen ist. Robert S. 40 sieht zwar die Schwierigkeit, glaubt sie aber damit umgehen zu können, daß er, ohne auf die Frage näher einzugehen, unter Berufung auf Stammler die übergegangene Forderung als Ersatzanspruch behandelt.

7) Das Gesetz kennt nur einen rechtsgeschäftlichen Forderungsaustausch nach § 1180, der aber nach § 1119 Absatz I eine wichtige Einschränkung erfährt.

8) Auch nach den §§ 1164, 1174 bezw. 1182 geht auf den befriedigenden Schuldner die Hypothek entweder „insoweit als er Ersatz verlangen kann" oder „in Höhe" des Ersatzanspruchs über.

9) In den veränderten Zins- und Zahlungsbedingungen liegt z. B. auch nach RG Band 81 S. 71 ff (76) überhaupt die besondere praktische Bedeutung einer Rückgriffshypothek für die Ersatzforderung.

richtet, wären hieraus vielleicht noch nicht einmal ernsthafte Bedenken herzuleiten. Anders ist es jedoch, soweit hierdurch nachstehende Gläubiger in Mitleidenschaft gezogen werden. Es ist möglich, daß die Haftung des Grundstücks des ersatzpflichtigen Eigentümers vergrößert wird, wenn die Ersatzforderung kraft Gesetzes an die Stelle der ursprünglichen Forderung in die Hypothekensicherung eintritt. Damit würde ein nachstehender Gläubiger kraft Gesetzes in seinen Rechten ungünstiger gestellt werden. Das Gesetz macht aber sonst die Aenderung einer vorgehenden Belastung zu Ungunsten der nachstehenden Gläubiger von deren Zustimmung abhängig, wenn auch für die veränderte Belastung in vollem Umfange der alte Rang gelten soll. Das Bedenken greift allerdings nicht durch, sofern für den Ersatzanspruch nur gesetzliche Zinsen zu zahlen sind, da sich nach § 1119 I der nachstehende Berechtigte im Rahmen einer Haftung des Grundstücks für Zinsen bis zu 5% Aenderungen gefallen lassen muß. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen der Ersatzanspruch bezüglich der Zinsen eine Regelung erfahren hat, die zur Berechnung höherer Zinsen als 5% führt. Hier würde eine Veränderung der Grundstückshaftung eintreten, welche sowohl mit dem Gesetz (§ 1119 I) als auch den allgemeinen Grundsätzen über den Rückgriff im Widerspruch steht.

Daß die Nachhypothekare durch die Rückgriffshypothek keinen Nachteil erleiden sollen, geht auch aus § 1173 II selbst hervor, indem dort angeordnet ist, daß die Eigentümerhypothek aus Absatz 1 mit der Rückgriffshypothek eine Gesamthypothek bleibt. Es soll die Belastung aller Grundstücke nicht den Betrag der Gesamthypothek übersteigen, damit die nachstehenden Gläubiger durch die Abweichung von § 1172 in ihren Rechten nicht beeinträchtigt werden[10]).

Es könnte der hier vertretenen Ansicht entgegen gehalten werden, daß ja auch nach ihr die Grundstücksbelastung dann nicht dieselbe bleibt, wenn der befriedigende Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, da hier die Forderung, welche der Hypothek zu Grunde liegt, endgültig erloschen ist, und nach § 1173 II nur eine Rückgriffshypothek übrig bleibt, die in Wahrheit eine Grundschuld ist. Dieser Einwand ist jedoch nicht begründet, denn es kann in diesem Zusammenhange gleich bleiben, ob die Grundstücksbelastung forderungsentkleidet oder -bekleidet dem Rückgriff dienstbar gemacht wird. Die Hauptsache ist, daß die Haftung an sich dieselbe bleibt. Und das ist der Fall, gleich ob die Rückgriffshypothek eine Hypothek oder in Wirklichkeit eine Grundschuld ist.

10) Aehnlich auch Planck § 1173, 4 b β und Biermann § 1173, 2 b. Sie nehmen aber dennoch eine Rückgriffshypothek für die Ersatzforderung an, obwohl hierdurch die Belastung der Grundstücke eine die nachstehenden Gläubiger beeinträchtigende Erhöhung erfahren kann.

Wenn vorstehend von einer Rückgriffs„hypothek" gesprochen wird, die eine Grundschuld ist, so ist darin ein Widerspruch enthalten. Diese Ausdrucksweise ergibt sich aber zwangsläufig aus dem Gesetz, das sich mehrfach in diesem Zusammenhange ungenau ausdrückt. So erwirbt nach § 1163 I der Eigentümer die „Hypothek", obwohl die Forderung erloschen ist, und es sonst nach der Auffassung des BGB von der rechtlichen Natur der Hypothek und der Grundschuld eine Hypothek ohne Forderung nicht gibt, und die forderungsentkleidete Grundstücksbelastung die Grundschuld ist[11]). Es kann also daraus, daß § 1173 II vom Uebergang der „Hypothek" spricht, keineswegs gefolgert werden, daß nun unbedingt auch eine Forderung für diese Hypothek gegeben sein müsse[12]). Auf den Sprachgebrauch des Gesetzes kann hier kein entscheidender Wert gelegt werden, wie schon § 1163 zeigt.

Es ist daran festzuhalten, daß die rechtliche Natur der Rückgriffshypothek des § 1173 II sich ebenso wie die rechtliche Natur der Hypothek des § 1163 oder des § 1173 I nach dem weiteren Bestand der ursprünglichen Gläubigerforderung richtet.

Nach § 1173 I geht ebenso wie nach § 1163 die Hypothek auf den Eigentümer über. Bleibt sie Einzelhypothek, weil keine Rückgriffshypothek nach § 1173 II entsteht, so kann über ihre rechtliche Natur kein Zweifel bestehen. § 1177 muß auch hier Anwendung finden. Wenn nun die Rückgriffshypothek aus § 1173 II mit der Hypothek des § 1173 I eine Gesamthypothek bilden soll, so kann die rechtliche Natur dieser Gesamthypothek nur dieselbe sein wie die der Hypothek des § 1173 I. Der § 1177 ist also auch für die Rückgriffshypothek und die Gesamthypothek des § 1173 II maßgebend. Ist der befriedigende Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner, so erlischt die Forderung endgültig (§ 362), und die Hypotheken aus § 1173 I und II bilden zusammen eine Gesamtgrundschuld. Ist der persönliche Schuldner ein Dritter, so geht die Forderung auf den befriedigenden Eigentümer über (§ 1143), und es entsteht eine Gesamthypothek mit der ursprünglichen Forderung.

Auf diese Weise bleibt die Haftung des ausgleichspflichtigen Eigentümers unverändert. Sein Grundstück haftet insbesondere nach Maßgabe derselben Zins- und Zahlungsbedingungen wie vorher. Daß es einmal aus einer Hypothek, das andere Mal aus einer Grundschuld für den Ausgleich haftet, ist hierbei nicht erheblich. Gleichzeitig wird die Einheitlichkeit der Gesamtbelastung der mehreren Grundstücke gewahrt, wie es § 1173 II Halbsatz 2 anordnet. Demgegenüber teilen die beiden Ansichten, welche eine Rückgriffshypothek für die Ersatzforderung annehmen, die Gesamtbelastung in Belastungen verschiedener rechtlicher Natur auf. Sie verkennen, daß hier ebenso wie in § 426 der Ersatzanspruch nur ein Mittel zur Verschaffung des eigentlich verbrauchten Gläubigerrechts ist. Es ist „nicht die schuldrechtliche Haftung eines Ersatzpflichtigen, sondern die bisher vorhanden gewesene gemeinsame Gefahr in der Gesamthaftung der Grundstücke Ursache für die Rückgriffshypothek. Welche Brücke sollte wohl auch sonst von der Ersatzpflicht nicht etwa des betreffenden Eigentümers selbst, sondern nur eines seiner Rechtsvorgänger zur Haftung des Grundstücks führen!"[13])

Eine Rückgriffshypothek, welche sich in ihrer rechtlichen Natur nach der alten Gläubigerforderung richtet und nicht nach dem besonderen Ersatzanspruch kann nicht damit abgelehnt werden, daß bei ihr die Gefahr bestünde, daß der Ersatzpflichtige zweimal leisten muß, und daß es so zu unmöglichen Ergebnissen führen könne[14]). Eine Gefahr, zweimal leisten zu müssen, ist für einen Ersatzpflichtigen, der sowohl auf Grund eines besonderen Ersatzanspruchs als auch des dinglichen Rechtes[15]) für den Ausgleich haftet, ebensowenig vorhanden, wie in den Fällen, in denen der Ausgleich auf Grund zweier selbständiger obligatorischer Ansprüche geschuldet wird (z. B. bei § 426 oder § 774 II). Denn ist die Rückgriffshypothek eine Hypothek für die ursprüngliche Forderung, neben welcher etwa auch noch ein besonderer Ersatzanspruch besteht (z. B. nach § 426 I), so erlöschen bei Befriedigung des Gläubigers wegen der einen oder anderen Forderung alle beide[16]). Das dingliche Recht fällt dem ausgleichspflichtigen Eigentümer gemäß § 1173 I als Eigentümergrundschuld zu. Ist die Rückgriffshypothek eine Grundschuld, so ist zwar die Grundschuldforderung in ihrem Bestande von dem obligatorischen Ersatzanspruch und seiner Befriedigung formal unabhängig, der ausgleichspflichtige Eigentümer hat jedoch die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung, falls er bereits den Ersatzanspruch befriedigt hat[17]). Er kann sodann vom Rückgriffsgläubiger weiterhin gemäß § 1169 verlangen, daß dieser auf die Rückgriffsgrundschuld verzichtet. Hatte er umgekehrt auf Grund der Grundschuld geleistet, so fallen die Voraussetzungen für den Ersatzanspruch fort, da kein Schaden mehr besteht[18]).

11) Man hätte deshalb auch ohne das Hilfsmittel des § 1177 schon bei § 1163 zu dem Ergebnis kommen müssen, daß der Eigentümer, auf welchen nicht zugleich die Forderung übergeht, nur eine Grundschuld erwirbt. Ebenso Schreiber S. 330 Anm. 1 (S. 329 f).

12) So allerdings (insbesondere bezüglich § 1164) z. B. J. v. Gierke S. 137, RG Band 81 S. 75 f, Band 129 S. 30, Band 131 S. 157, RGK § 1164, 2. Dagegen z. B. Schreiber S. 329 f.

13) Schreiber S. 326.

14) So z. B. Biermann in Recht 1905 S. 267.

15) Sei es in Form einer Hypothek oder einer Grundschuld.

16) Reichel Schuldmitübernahme S. 568.

17) Vergleiche hierzu Staudinger § 1191, I 3 b α; § 1192, II 4 b β; RGK § 1191, 1; RG Band 91 S. 225 f; Brinck S. 93, 81; Wolff § 154 VI 1.

18) Das ist insbesondere Biermann a. a. O. S. 266 entgegenzuhalten, welcher zu der hier vertretenen Ansicht von der rechtlichen Natur der Rück-

Die Gefahr, daß der Rückgriffsberechtigte auf unehrliche Weise doppelte Zahlung erlangt, besteht allerdings überall dort, wo mehrere Rückgriffsansprüche eines Eigentümers, welche auf dasselbe Interesse gerichtet sind, gegen verschiedene Personen gegeben sind, von denen die eine von der Leistung der anderen nichts weiß, und gleichfalls nochmals Ersatz leistet[19]). War z. B. die Rückgriffshypothek eine Hypothek für die ursprüngliche Forderung, und konnte der Rückgriffsgläubiger sowohl von dem Hauptschuldner auf Grund des § 1143 als auch von einem anderen Eigentümer Ausgleichung verlangen, so steht dem letzteren, wenn er in Unkenntnis der Ausgleichsleistung des Hauptschuldners und damit des Erlöschens seiner eigenen Ausgleichsverpflichtung[20]) leistet, ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu. Dasselbe gilt, wenn der Eigentümer, welcher auf Grund einer Grundschuld aus § 1173 II zahlt, die Befriedigung des Ersatzanspruchs, welcher sich gegen einen Rechtsvorgänger richtete, nicht kannte.

Ist dem Eigentümer die Ausgleichsleistung des Hauptschuldners bekannt, so kann er der nunmehr unberechtigten Geltendmachung der Rückgriffshypothek ohne weiteres begegnen, da die Gesamthypothek des § 1173 II nach Befriedigung der ihr zu Grunde liegenden Forderung durch den Hauptschuldner gemäß § 1172 den Eigentümern gemeinsam zusteht. Ist die Rückgriffshypothek eine Grundschuld, und die Ersatzforderung, welche sich gegen einen Rechtsvorgänger richtete, ist erfüllt, hat der Eigentümer wieder die Einrede der Arglist.

Ueber die rechtliche Natur der Rückgriffshypothek des § 1182 gilt das zu § 1173 II Gesagte entsprechend. Die Rückgriffshypothek des § 1182 ist entweder eine Hypothek mit der ursprünglichen Forderung (§ 1143) oder eine Grundschuld[21])[22]).

griffs- und Gesamthypothek des § 1173 II ausführt, sie sei zwar einfach und mit dem Wortlaut des Gesetzes zu vereinbaren, führe aber zu unmöglichen Ergebnissen bei Befriedigung der einen oder der anderen Forderung oder aus dem dinglichen Rechte. Gegen Biermann Brinck S. 93.

19) Dieselbe Gefahr ist auch in anderen ähnlichen Fällen vorhanden. Z. B.: Ein Hauptschuldner zahlt an den Bürgen. Der Bürge hält sich nochmals an die Mitbürgen.

20) Die Gesamthypothek aus § 1173 II ist sodann den Eigentümern wegen Erlöschens der Forderung nach § 1172 gemeinschaftlich zugefallen.

21) Bei § 1182 besteht keine Gesamtbelastung mehr wie bei § 1173 II (die sich aus Rückgriffs- und Eigentümerhypothek zusammensetzt). Dieser Streitgegenstand scheidet daher hier aus, und es werden nur zwei Meinungen vertreten. Nämlich einmal, daß die Rückgriffshypothek eine Grundschuld oder eine Hypothek für die ursprüngliche Forderung sei, je nachdem, ob der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist oder nicht (z. B. Turnau-Förster § 1182, I 4; Fuchs § 1182, 8 c); und zum anderen, daß die Rückgriffshypothek sich mit der Ersatzforderung verbinde (z. B. Planck § 1182, 3 d; RG Band 81 S. 71 ff).

22) Nach Biermann (Arch. f. Bürgerl.R. Band 40 S. 324 am Ende) könnte in dem Falle, daß die Eigentümer gleichzeitig Gesamtschuldner sind, nur

Für die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners nach § 1174 ergibt sich aus den bisherigen Erörterungen, daß sie stets eine Grundschuld ist, denn die Forderung ist auf jeden Fall erloschen (§ 362)[23]).

Entsprechend dem Sprachgebrauch des Gesetzes ist für § 1173 und 1182 ausgeführt worden, daß die Rückgriffshypothek entweder

eine Rückgriffshypothek entstehen, die eine Grundschuld ist. Denn bei zwangsweiser Befriedigung des Gläubigers aus dem einen der Grundstücke findet nach Biermann § 426 II keine Anwendung. § 426 II setze im Falle einer Gesamthypothek eine freiwillige Befriedigung des Gläubigers voraus. Biermann gewährt deshalb nur einen Ersatzanspruch aus § 426 I und eine Rückgriffshypothek aus § 1182. Diese Unterscheidung zwischen einer freiwilligen und einer zwangsweisen Befriedigung bei § 426 II ist ähnlich wie bei § 1143 I nicht haltbar.

23) Für § 1164 wird allerdings auch die Ansicht vertreten (und das muß dann auch für § 1174 gelten, der ja § 1164 ergänzt, sowie für § 1173 und § 1182, soweit derEigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist), daß die Forderung mit der Befriedigung durch den persönlichen Schuldner nicht unterginge. § 1164 enthalte auch eine Ausnahme von § 362. Die Forderung gehe mit auf den persönlichen Schuldner über. Das sei zwar in § 1164 nicht ausdrücklich gesagt, aber aus § 1153 II, der Analogie der §§ 426, 774, sowie daraus zu entnehmen, daß ein Fall einer gesetzlichen Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld hier nicht statuiert und nicht beabsichtigt sei. Die Rückgriffshypothek bestehe deshalb auch hier für die ursprüngliche Forderung. Der persönliche Schuldner spiele gegenüber den gewöhnlichen Rückgriffsfällen hier gewissermaßen die Rolle des Nebenschuldners, der Eigentümer die Rolle des Hauptschuldners. Vergleiche Fuchs § 1164, 1 a und 6, (dasselbe müßte Fuchs dann aber auch annehmen, wenn bei § 1173 der befriedigende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, sodaß auch dort keine Grundschuld entstehen kann, vergleiche vorige Anmerkung). So anscheinend auch KG Band 27 A S. 280. Diese Ansicht ist jedoch unhaltbar.

Die alte Forderung ist nach § 362 erloschen (RG Band 81 S. 71. Band 129 S. 30, in JW 1931 S. 3440 Nr. 9). In § 1164 ist lediglich bezüglich des Bestandes der Hypothek eine Sonderregelung gegenüber § 1163 getroffen. Daß auch die alte Forderung fortbestehen und übergehen sollte, ist auch nicht in Verbindung mit § 1153 II herzuleiten. § 1153 schließt Ausnahmeregelungen nicht aus. Das zeigt schon § 1163, indem dort der Uebergang der „Hypothek" ohne Forderung angeordnet wird (Brinck S. 118), die nach § 1177 alsdann, eben weil keine Forderung mehr besteht, in Wahrheit eine Grundschuld ist. Die alte Forderung ist auch überhaupt nicht mehr — und sei es auch nur theoretisch — verwertbar. Auf den persönlichen Schuldner kann die Forderung, welche der Gläubiger gegen ihn hat, nach dessen Befriedigung nicht übergehen und in seiner Person fortbestehen. Der persönliche Schuldner kann nicht Gläubiger und Schuldner der bisherigen Gläubigerforderung in einer Person sein, denn er kann keine Forderung gegen sich selbst haben. (RG Band 81 S. 71 ff, Band 129 S. 30, in JW 1931 S. 3440 Nr. 9). Nach allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts gehören zu einem Schuldverhältnis zwei Rechtssubjekte, und es tritt ein Erlöschen desselben ein, wenn sich Forderung und Schuld in der Person eines Rechtssubjekts vereinigen. So wird auch in § 1173 Abs. 1 Satz 2 die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers der Befriedigung des Gläubigers gleichgestellt (sodaß die Forderung auch hier nach § 362 erlischt).

eine Grundschuld oder eine Hypothek für die nach § 1143 übergegangene Forderung ist. Man kann sich jedoch mit dieser Feststellung nicht begnügen. Es bedarf vielmehr die Hypothek für die übergegangene Forderung noch der näheren Untersuchung.

Schon in den Fällen, in denen die Rückgriffshypothek in Anlehnung an einen gesetzlichen Forderungsübergang aus einer Einzelhypothek entsteht (§§ 426 Absatz 2, 774 Absatz 1 und 2, 1225 Satz 1 und §§ 412, 401 bezw. 1153), gewinnt die Frage nach der rechtlichen Natur der Rückgriffshypothek Bedeutung. Für die herrschende Meinung erübrigt sich hier diese Frage allerdings mit der Annahme, daß bei Befriedigung des Gläubigers durch einen Gesamt- oder Nebenschuldner die Forderung des Gläubigers gegen einen anderen Gesamtschuldner oder den Hauptschuldner unverändert bestehen bleibt und übergeht[24]). Die übergegangene Forderung und die Rückgriffshypothek sind für sie die Forderung des Gläubigers und die Hypothek, welche ihm für diese Forderung zustand. Die Beurteilung der rechtlichen Natur der Rückgriffshypothek ist jedoch eine andere, wenn man in den Fällen des sogen. gesetzlichen Forderungsüberganges keinen echten Forderungsübergang annimmt, vielmehr, wie es hier getan ist[25]), davon ausgeht, daß mit der Befriedigung des Gläubigers durch einen Haupt- oder Nebenschuldner alle anderen Haupt- und Nebenforderungen, da sie auf dasselbe Gläubigerinteresse gerichtet sind, erlöschen. Die „übergegangene" Forderung hat dann nur die Bedeutung eines gesetzlichen Ersatzanspruchs in der Form der alten an sich erloschenen Gläubigerforderung. Ist die Gläubigerforderung erloschen, müßte normalerweise nunmehr kraft Gesetzes auch eine Wandlung der für sie bestellten Hypothek vor sich gehen. Die Hypothek des Gläubigers würde zur Eigentümerhypothek werden (§ 1163, 2). Dieses Ergebnis wird durch die Bestimmung der §§ 412, 401 abgewandt. So wie die Forderung „übergeht", sollen auch ihre Nebenrechte „übergehen". Der Rückgriff wird damit auch mit Nebenrechten in der Form der Nebenrechte des Gläubigers ausgestattet. Der Ausgleichspflichtige soll ganz allgemein dem Ausgleichsberechtigten so haften, wie er dem Gläubiger gegenüber gehaftet hat. Man kommt damit zu dem Ergebnis, daß eigentlich die Rückgriffshypothek hier nicht mehr unverändert die alte Einzelhypothek des Gläubigers ist. Sie ist eine Hypothek für einen gesetzlichen Ersatzanspruch geworden. Nur ihre äußere Gestalt ist dieselbe geblieben.

Entsprechendes hat aber auch für die Rückgriffshypothek des einen Gesamthypothekars, welcher nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, gegen einen anderen Gesamthypothekar zu gelten,

24) Vergl. S. 38 f.
25) Vergl. S. 38.

und zwar gleichgültig, ob dieser zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht. Die Forderung gegen den persönlichen Schuldner, die nach § 1143 I auf den befriedigenden Gesamthypothekar übergegangen ist, und die Rückgriffshypothek aus § 1173 II sind hier gleichfalls nur die dem Rückgriff dienstbar gemachten Formen alter Gläubigerrechte, um für den Rückgriff keine andere Haftung eintreten zu lassen, wie gegenüber dem gemeinsamen Gläubiger bestand. Die übergangene Forderung gegen den persönlichen Schuldner und die übergangene Hypothek gegen den anderen Eigentümer — gleich, ob er mit dem persönlichen Schuldner identisch ist oder nicht — gehören ebenso zusammen, wie die ursprüngliche Gläubigerforderung und die Gläubigerhypothek. Auch die Rückgriffshypothek des Eigentümers, welcher nicht persönlicher Schuldner ist, ist daher in Wahrheit eine Hypothek für einen gesetzlichen Ersatzanspruch. Die Rückgriffshypothek und der gesetzliche Ersatzanspruch richten sich hierbei — ebenso wie die ursprüngliche Gläubigerhypothek und die ursprüngliche Gläubigerforderung — gegen verschiedene Personen, wenn der persönliche Schuldner ein Dritter ist, die Eigentümer also beide nur Nebenschuldner sind. Es ist danach insbesondere auch die Rückgriffshypothek auf Grund gesetzlichen Rückgriffs unter Eigentümern, die nur Nebenschuldner sind[26]), eine Hypothek für einen gesetzlichen Ersatzanspruch. Es besteht also die Berechtigung, in Anlehnung an den Wortlaut des Gesetzes von einer Hypothek für die nach § 1143 I — übergegangene — Forderung gegen den persönlichen Schuldner zu sprechen, nur dann, wenn man sich ihres veränderten Wesensinhalts bewußt bleibt.

§ 4. Der Rang der Rückgriffshypothek.

Bestimmungen über den Rang der Rückgriffshypothek bei der Gesamthypothek enthalten die §§ 1176, 1182, 2.

Nach § 1176 kann die Rückgriffshypothek des Eigentümers, welcher den Gläubiger freiwillig befriedigt hat (§ 1173 II), sowie die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners (§ 1174) bei nur teilweiser Befriedigung des Gläubigers nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden. § 1176 enthält für die Fälle der §§ 1173 und 1174 über den Rang der Rückgriffshypothek dasselbe, was sich in den Fällen, in denen eine Rückgriffshypothek in Anlehnung an einen gesetzlichen Forderungsübergang nach den §§ 412, 401 aus einer Einzelhypothek ent-

26) Vergl. insbesondere S. 22 ff (24 f).

steht, über ihren Rang mittelbar aus den Bestimmungen der §§ 426 und 774 ergibt[1]). Nach § 1176 (ebenso wie nach den §§ 426 II 2, 774 I 2) soll der Gläubiger durch den Rückgriff, der mit Hilfe seines kraft Gesetzes auf den Rückgriffsberechtigten übergegangenen Rechtes gewährt wird, hinsichtlich seines Restanspruchs keinen Nachteil erleiden[2]).

Der tiefere Grund für diese Ranganordnung, wie der Grund für die gesetzliche Ausgleichung überhaupt, ist in der Schuldgemeinschaft zu suchen, die zwischen Rückgriffsberechtigtem und -verpflichtetem besteht. Der Eintritt eines Mitverpflichteten in die Gläubigerstellung gegenüber einem anderen Mitverpflichteten zu Rückgriffszwecken kann die Rechte des noch nicht voll befriedigten Gläubigers nicht beeinträchtigen, da die Mitverpflichtung ja gerade zur Verstärkung der Rechte des Gläubigers eingegangen war[3]). Deshalb müssen die an einer Schuldgemeinschaft Beteiligten wegen der aus dem Gemeinschaftsverhältnis gegeneinander erwachsenden Ansprüche dem gemeinsamen Gläubiger gegenüber zurücktreten. Infolge „der personenrechtlichen Verbundenheit des Regredienten und Rregressaten gegenüber dem Gläubiger" erleiden ihre Rückgriffsansprüche untereinander eine „Intensitätsdämpfung durch die Restforderung des Gläubigers und im Verhältnis zu ihr"[4]). Hieraus und aus der Fassung des Gesetzes[5]) ist auch herzuleiten, daß die Rückgriffshypothek lediglich der Resthypothek und nicht

1) Es wird in § 426 II 2, in § 774 II durch Verweisung auf § 426, in § 774 I 2 sowie in § 1143 und § 1225 durch Verweis auf § 774 übereinstimmend ausgesprochen, daß die nach teilweiser Befriedigung des Gläubigers zu Rückgriffszwecken teilweise auf den Gesamtschuldner, Mitbürgen, Bürgen, Grundstückseigentümer oder Verpfänder übergegangene Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden darf. Die Rückgriffsforderung ist damit bei einer Zwangsvollstreckung oder im Konkurs erst nach der Restforderung des Gläubigers zu befriedigen. Was hier zunächst nur für den obligatorischen Rückgriffsanspruch gesagt ist, muß naturgemäß auch für seine Nebenrechte, insbesondere die Rückgriffshypothek gelten, die gemäß den §§ 412, 401 entstanden ist. Es steht also auch die aus einer Einzelhypothek entstandene Rückgriffshypothek des Gesamtschuldners gegen einen anderen Gesamtschuldner, sowie des Bürgen oder Verpfänders gegen den persönlichen Schuldner der Resthypothek des Gläubigers im Range nach.

2) Vergleiche z. B. Planck § 1176, 1 (Nemo subrogat contra se).

3) Vergleiche RG Band 136 S. 44.

4) Schulz S. 93. Schulz führt im übrigen mit Recht aus, daß das Zurücktretenmüssen der vom Gesetz gewährten Regreßforderung hinter die Restforderung des Gläubigers gegen die Denkform der cessio legis spreche. Die Rückgriffsforderung sei mit der getilgten Gläubigerforderung zwar ähnlich aber nicht identisch (S. 88). Wenn die Regreßforderung die übertragene Gläubigerforderung wäre, müßte sie mit der Restforderung des Gläubigers konkurrieren (S. 89).

5) Die Rückgriffshypothek kann nach § 1176 nicht zum Nachteil „der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek" geltend gemacht werden.

etwa auch weiteren mit schlechterem Range eingetragenen Hypotheken des Gläubigers im Range nachsteht[6]). Nur soweit die Schuldgemeinschaft bestand, ist das Zurücktreten im Rang gerechtfertigt. Es wird nur „die eine rechtliche Schuldbeziehung" ins Auge gefaßt „und für den dort ersichtlichen Wettbewerb", eine gesetzliche Rangordnung aufgestellt[7]). Einer anderen Hypothek desselben Gläubigers gegenüber, zu welcher der rückgriffsberechtigte persönliche Schuldner oder Eigentümer in keiner Beziehung steht, hat er deshalb die Stellung jedes beliebigen anderen Hypothekengläubigers. Es ist kein Grund vorhanden, den Gläubiger hier etwa besser zu behandeln als andere Nachhypothekare[8]). Sollte sich der Schutz des § 1176 auch auf nachstehende Rechte erstrecken, hätte es der Gesetzgeber ähnlich wie in § 1182 besonders zum Ausdruck gebracht[9]).

Entwickelt man, so wie es vorstehend getan ist, das Zurücktreten der Rückgriffshypothek hinter die Resthypothek des Gläubigers aus dem Gemeinschaftsverhältnis, das zwischen den Grundstückseigentümern gegenüber dem gemeinsamen Gläubiger besteht, so kann auch nicht zweifelhaft sein, daß ein Wechsel in der Person dieses Gläubigers das Rangverhältnis aus § 1176 nicht ändern kann. Die in § 1176 angeordnete Rangfolge wirkt absolut und nicht nur persönlich zu Gunsten des teilweise befriedigten Gläubigers. Der Vorrang vor der Rückgriffshypothek ist als dingliches Recht mit der Resthypothek verknüpft[10]).

§ 1176 regelt lediglich das Verhältnis, das zwischen einer Resthypothek des Gläubigers auf der einen und einer Eigentümer- (§§ 1163, 1172) oder einer Rückgriffshypothek (§ 1164, 1173 f) auf der anderen Seite bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers besteht.

6) RG Band 76 S. 197, Band 82 S. 134 ff (137), Band 136 S. 43 f. in JW 1913 S. 1147 Nr. 5, in JW 1914 S. 916 Nr. 3, in JW 1917 S. 811. Wolff § 140 V 1 Anm. 18 f, § 144 IV Anm. 27; Schulz S. 96 f; Stillschweig in JW 1917 S. 845; Planck § 1143, 3 e; Oertmann § 268, 7 (abweichend von den früheren Auflagen). Unverständlicherweise wollen in dieser Frage Güthe § 22 Anm. 22 und Zeitlmann in JW 1918 S. 129 den § 426 und den § 774 (§§ 1143, 1225) auf der einen und den § 1176 auf der anderen Seite in allzu großer Wortinterpretation verschieden auslegen. Nur bei § 1176 sei zum Ausdruck gekommen, daß nur die Resthypothek des Gläubigers den Vorrang haben solle. Auch nach Zeitlmann in JW 1917 S. 845 soll bei § 774 der Gesamtposition des Gläubigers kein Nachteil entstehen.

7) RG Band 136 S. 44.

8) Schulz S. 96 f, Stillschweig in JW 1917 S. 845 a. E.

9) Auf die Besonderheit, welche § 1182, 2 enthält, indem dort angeordnet wird, daß die Rückgriffshypothek nicht nur einer Resthypothek des Gläubigers sondern allen Nachhypotheken zu weichen hat, soll weiter unten eingegangen werden.

10) Zu demselben Ergebnis kommen: RG Band 131 S. 323 ff (326) in Abweichung von Band 82 S. 133 ff (138), Proskaner in JherJ. Band 69 S. 328 f Im wesentlichen übereinstimmend auch Wolff § 140 V 1 Anm. 19.

Ueber das Rangverhältnis zwischen einer Eigentümerhypothek und einer Rückgriffshypothek am selben Grundstück, die aus derselben Gesamthypothek hervorgegangen sind, — insbesondere auch bei vollständiger Befriedigung des Gläubigers — sagt er nichts[11]). Die einzige Bestimmung, die wegweisend sein kann, enthält § 1164 Absatz 1 Satz 2.

§ 1164 regelt die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners bei einer Einzelhypothek. Die Hypothek geht hier in Abänderung des § 1163 auf den persönlichen Schuldner, welcher den Gläubiger befriedigt, insoweit über, als er Ersatz verlangen kann. Steht dem persönlichen Schuldner voller Ersatz zu, so ergibt sich aus § 1164 ohne weiteres, daß die in vollem Umfange auf ihn als Rückgriffshypothek übergegangene Gläubigerhypothek keinerlei Rangveränderung unterliegt. Hat er nur einen teilweisen Ersatzanspruch, teilt sich also die Gläubigereinzelhypothek nach den §§ 1163, 1164 in eine Teileigentümer- und eine Teilrückgriffshypothek, so kann der Eigentümer nach § 1164 I 2 „die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen ist, nicht zum Nachteil der Hypothek des Schuldners geltend machen". Die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners geht also hier der Eigentümerhypothek vor.

Es ist anzunehmen, daß in § 1164 I 2 ein allgemeiner Satz seinen Ausdruck gefunden hat, wonach die Rückgriffshypothek stets den Vorrang vor einer Eigentümerhypothek am gleichen Grundstück hat, wenn beide aus derselben Gläubigerhypothek entstanden sind.

Es wäre nicht gerechtfertigt, bei einer Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners aus § 1174 etwas anderes als bei der Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners aus § 1164 gelten zu lassen. § 1174 setzt § 1164 voraus und ergänzt ihn. Die Rangbestimmung des § 1164 hat daher auch für § 1174 maßgebend zu sein. Hat also der persönliche Schuldner bei einer Gesamthypothek den Gläubiger befriedigt, und kann nur von einem der Eigentümer teilweise Ersatz verlangen, so geht die Rückgriffshypothek aus § 1174 der Gesamt- bezw. Einzeleigentümerhypothek aus § 1172 I bezw. II im Range vor. Auch bei der Rückgriffshypothek, die für einen teilweisen Rückgriff in Anlehnung an einen gesetzlichen Forderungsübergang aus einer Einzelhypothek entstanden ist, erscheint es recht und billig, der Rückgriffshypothek vor der Eigentümerhypothek auf Grund des allgemeinen Satzes, der aus § 1164 I 2 zu entnehmen ist, den Vorrang zu geben[12]).

11) Es kann z. B. der persönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, den Gläubiger teilweise befriedigt haben, oder der Gläubiger hat die Hypothekenforderung teilweise erlassen, sodaß über diesen Teilbetrag eine Eigentümerhypothek gemäß § 1172 entstanden ist. Später befriedigt ein Eigentümer den Gläubiger wegen des Restes und erwirbt eine Rückgriffshypothek nach § 1173 II. Oder: Der persönliche Schuldner befriedigt den Gläubiger ganz und erwirbt nur teilweise eine Rückgriffshypothek nach § 1174, sodaß im übrigen § 1172 eingreift.

In den Fällen des § 1173 kann allerdings die Rangbestimmung des § 1164 I 2 keine Bedeutung erlangen, da nach § 1173 I die Hypothek an den Grundstücken anderer Eigentümer grundsätzlich erlischt. Eine Eigentümerhypothek ist daher neben einer Rückgriffshypothek am gleichen Grundstück nur denkbar, wenn (§ 1172 I und II) durch die teilweise Leistung eines N i c h t eigentümers die Forderung teilweise erloschen war, oder der Gläubiger z. B. teilweise auf die Gesamthypothek verzichtet hatte (§ 1175). Hier geht nun zwar auch die Rückgriffshypothek der Eigentümerhypothek im Range vor, dieses Rangverhältnis ergibt sich aber nicht aus § 1164 sondern aus § 1176.

In § 1164 I 2 wird davon ausgegangen, daß der persönliche Schuldner seine Leistung an den Gläubiger nur „teilweise" ersetzt verlangen kann. Lediglich die wegen des übrigen Teiles s e i n e r Leistung entstandene Eigentümerhypothek steht seiner Rückgriffshypothek im Range nach. Soweit der Eigentümer durch eigene Leistung, Leistung eines sonstigen Beteiligten oder auf Grund teilweisen Verzichts des Gläubigers (§ 1168) Eigentümerhypothek erworben hat, wird er durch die Bestimmung des § 1164 I 2 nicht betroffen. Durch § 1164 I 2 und den aus ihm abzuleitenden allgemeinen Satz soll nur verhindert werden, daß jemand die Rechte, welche er erst durch die Leistung eines anderen erwirbt, zu dessen Nachteil geltend machen kann. Ueber die auf sonstige Weise erworbene Eigentümerhypothek wird in § 1164 nichts gesagt. Es war auch gar nicht nötig, das Rangverhältnis zwischen einer Rückgriffshypothek und einer nicht auf Grund der Leistung des Rückgriffsgläubigers erworbenen Eigentümerhypothek in § 1164 zu regeln. Zu § 1176 war bereits ausgeführt worden, daß eine Resthypothek des Gläubigers stets vor einer Eigentümerhypothek den Vorrang hat, und daß dieses Rangverhältnis absolut und dinglich wirksam ist. Es bleibt da-

12) Sind z. B. derjenige, welcher den Gläubiger befriedigt, und der Grundstückseigentümer Gesamtschuldner oder Mitbürgen, so wird in der Regel die Gläubigereinzelhypothek auch nach vollständiger Befriedigung des Gläubigers nach den §§ 426 II, 412, 401 nur teilweise zur Rückgriffshypothek, da nur ein verhältnismäßiger Ausgleich nach § 426 I stattfindet. Der Rest der Gläubigerhypothek hat sich nach § 1163 in eine Eigentümerhypothek verwandelt. Die Gläubigerhypothek ist also jetzt in zwei verschiedene Hypotheken aufgeteilt, die zwei verschiedenen Personen zustehen. Ueber das Rangverhältnis, in welchem Rückgriffshypothek und Eigentümerhypothek hier zueinander stehen sollen, ist im Gesetz nichts bestimmt. Es muß billigerweise das, was für die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners nach § 1164 gilt, auch hier gelten. Es ist kein Grund für eine verschiedene Behandlung dieser Fälle vorhanden.

mit auch in der Person des Rückgriffsgläubigers bestehen, der zum Zwecke des Rückgriffs in die Stellung des ursprünglichen Hypothekengläubigers einrückt. Der Rückgriffshypothek steht also auf Grund des § 1176 stets der Vorrang vor einer früher durch eigene Leistung, Leistung eines sonstigen Beteiligten oder auf Grund teilweisen Verzichts des Gläubigers (§ 1168) erworbenen Eigentümerhypothek zu.

Im folgenden soll ein Beispiel gegeben werden, um das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen anschaulich zu machen: A schuldet dem B 3000 RM. Für diese Schuld haben C, D und F an ihren Grundstücken eine Gesamthypothek bestellt. Später verzichtet B in Höhe von 1000 RM. auf die Gesamthypothek. Sie fällt insoweit den Eigentümern C, D und F gemeinsam zu. Die Resthypothek des B hat vor dieser Eigentümergesamthypothek den Vorrang (§ 1176). Nun zahlt A die restlichen 2000 RM. an B. 1000 RM. kann er von C ersetzt verlangen. A erwirbt also am Grundstück des C eine Rückgriffshypothek über 1000 RM. (§ 1174). Die restlichen 1000 RM. der Gesamthypothek fallen den Eigentümern C, D und F gleichfalls noch als Gesamteigentümerhypothek zu, die der Rückgriffshypothek nach § 1164 I 2 im Range nachsteht. Vor der zuerst erworbenen Gesamteigentümerhypothek von 1000 RM. steht der Rückgriffshypothek gleichfalls der Vorrang zu und zwar nach § 1176, da die Rückgriffshypothek des A aus der Resthypothek des B hervorgegangen ist.

Aus den Ausführungen über den Rang der Rückgriffshypothek gegenüber einer Resthypothek des Gläubigers auf der einen sowie gegenüber einer Eigentümerhypothek auf der anderen Seite ergibt sich zugleich die Rangstaffelung für den Fall, daß alle drei zusammentreffen. Hat z. B. bei einer Gesamthypothek von 3000 RM. zunächst ein Eigentümer ein Drittel bezahlt, und hierauf zahlt der persönliche Schuldner, welcher nicht Eigentümer ist, ein weiteres Drittel, welches er von dem vorerwähnten Eigentümer ersetzt verlangen kann, so geht die Resthypothek des Gläubigers wegen § 1176 der Eigentümerhypothek aus § 1173 I 1 und der Rückgriffshypothek aus § 1174 I vor. Die Rückgriffshypothek hat vor der Eigentümerhypothek gleichfalls auf Grund des § 1176 den Vorrang, weil sie sich von der ursprünglichen Resthypothek des Gläubigers herleitet. § 1176 bewirkt hier eine doppelte Rangstaffelung. Zunächst wird der Rest von 2000 RM. mit dem Vorrang vor der Eigentümerhypothek aus § 1173 I ausgestattet. Zahlt nunmehr der persönliche Schuldner weitere 1000 RM., so wird innerhalb der 2000 RM. (erster Rest) eine weitere Einteilung dahin vorgenommen, daß die 1000 RM. des Gläubigers (zweiter Rest) der Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners vorgeht.

Es sei noch ein weiteres Beispiel für das Zusammentreffen von Resthypothek, Rückgriffshypothek und Eigentümerhypothek gegeben: Der persönliche Schuldner, der nicht Eigentümer ist, befriedigt den Gläubiger der Gesamthypothek zu zwei Dritteln. Zu einem Drittel kann er von einem Eigentümer Ersatz verlangen. Hier geht nach § 1176 die Resthypothek des Gläubigers der Rückgriffshypothek (§ 1174) und der Gesamteigentümerhypothek (§ 1172) im Range vor. Das Verhältnis zwischen der Rückgriffshypothek und der Eigentümerhypothek bestimmt sich nach § 1164 I 2. Die Rückgriffshypothek hat den Vorrang. Es ist also die Rangfolge stets: Resthypothek, Rückgriffshypothek, Eigentümerhypothek[13]).

Für den Fall, daß bei einer Gesamthypothek der Gläubiger aus einem der Grundstücke zwangsweise befriedigt wird, enthält § 1182 eine von den bisher entwickelten Grundsätzen abweichende Anordnung über den Rang der Rückgriffshypothek. Der Eigentümer, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt wurde, kann seine Rückgriffshypothek an einem der anderen Grundstücke bei nur teilweiser Befriedigung des Gläubigers nach ausdrücklicher Bestimmung des § 1182 Satz 2 zwar auch nicht zum Nachteil der Resthypothek des Gläubigers geltend machen, sie steht aber weiterhin, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, auch diesem Rechte nach. Auch bei vollständiger Befriedigung des Gläubigers tritt danach die Rückgriffshypothek hinter alle Nachhypotheken zurück. Sie wird im Falle der Zwangsvollstreckung in das Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers erst aus dem befriedigt, was nach Auslösung aller anderen Grundstücksbelastungen noch vorhanden ist.

Diese Bevorzugung der Nachhypothekare ist durch nichts gerechtfertigt[14]). Die Begründung, welche für sie in den Protokollen[15]) gegeben wird, steht auf schwachen Füßen. Es wird dort ausgeführt, die Nachhypothekare „hätten von vornherein mit der Möglichkeit gerechnet, vorzurücken". Das Grundstück des Ersatzpflichtigen sei nur unter der auflösenden Bedingung belastet worden, daß der Gläubiger nicht aus einem anderen Grundstück Befriedigung erlange. Hiergegen ist zu sagen, daß dasselbe dann aber verständigerweise auch im Falle freiwilliger Befriedigung entsprechend gelten müßte. Auch hier erlischt grundsätzlich nach § 1173 I 1 Halbsatz 2 die Gesamthypothek an den übrigen Grundstücken. Gleichwohl hat die Rückgriffshypothek des § 1173 II den gleichen Rang

13) Das gilt allgemein, also auch bei einer Einzelhypothek. Vergleiche Staudinger § 1164, III b; Wolff § 144 IV.

14) Ebenso: Lang S. 313 f, 333 f; Wolff § 148 VI Anm. 21; Dernburg Bürgerl.R. III § 231 Anm. 19 (Siehe auch Dernburg Pr. Hypothekenrecht Band 2 S. 3); Kohler S. 473.

15) Band 3 S. 627 (ebenso Brinck S. 161).

wie die Gläubigerhypothek. Es behält selbst eine Eigentümerhypothek nach § 1173 I den Vorrang der Gläubigerhypothek vor den Nachhypotheken bei. Wäre der Standpunkt der Protokolle richtig, hätte es aber auch einer Einschränkung des § 1172 zum Schutze der Nachhypothekare bedurft, da nach dieser Bestimmung die Eigentümer — nachdem z. B. ein nicht rückgriffsberechtigter Dritter den Gläubiger befriedigt hat — die Gesamthypothek zum vollen Betrage nur auf einem der Grundstücke, vielleicht gerade zwecks Benachteiligung von Nachhypothekaren, stehen lassen können. Die Einstellung der Protokolle „beruht auf einem mittels der Eigentümerhypothek überwundenen Standpunkt"[16]).

Ebenso wenig kann auch die Erklärung, daß die Rückgriffshypothek des § 1182 die hypothekarische Belastung vervielfache, da die Hypothek an dem einen Grundstück zur Befriedigung des Gesamthypothekars gedient habe, und nunmehr am anderen daneben den Rückgriffsanspruch sichern und verwirklichen solle[17]), als Rechtfertigung der Ranganordnung des § 1182 dienen. Die Hypothek hat ihre Aufgabe der Sicherung des Anspruchs des Gläubigers erfüllt und wird mit der Befriedigung des gesicherten Anspruchs als Gläubigerrecht gegenstandslos, ganz gleich, ob der Gläubiger freiwillig oder zwangsweise befriedigt wurde. Will man also im einen Falle (zwangsweise Befriedigung) die Rückgriffshypothek als Vervielfachung der Belastung ansehen und daraus Folgerungen für den Rang ziehen, so müßte dasselbe auch im anderen Falle (freiwillige Befriedigung) gelten. Auch bei freiwilliger Befriedigung des Gläubigers ist die Gesamthypothek am Grundstück des ausgleichspflichtigen Eigentümers eigentlich erloschen (§ 1173 I). Wenn sie nach § 1173 II als Rückgriffshypothek aufrechterhalten wird, so hat sie eine neue Aufgabe und einen neuen Inhalt erhalten. Gleichwohl bleibt für die Rückgriffshypothek des § 1173 II der Rang der Gläubigerhypothek gewahrt[18]). Auch der Hinweis darauf, daß die Rückgriffshypothek aus § 1173 nach Absatz 2 Halbsatz 2 Gesamthypothek, die des § 1182 nur Einzelhypothek sei[19]), vermag die Ranganordnung des § 1182 nicht zu rechtfertigen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Umstand, daß im

16) Dernburg Bürgerl.R. III § 231 Anm. 19.
17) Lang S. 313 f.
18) Auch die Eigentümerhypothek des § 1173 I ist dann gleichfalls eine Vervielfachung der Belastung, wenn man die Rückgriffshypothek des § 1182 als solche ansieht. Die Eigentümerhypothek hat vor allem mit den Zweck, die mit der Befriedigung des Gläubigers frei gewordene Stelle erneut der Kreditbeschaffung dienstbar zu machen, also im Grunde für neue Belastungen freizuhalten, und zwar ihnen gerade die alte Rangstelle zu wahren. Schon das Bestehen des Rechtsinstituts der Eigentümerhypothek spricht also gegen die dargetane Ansicht.
19) Turnau-Förster § 1173, 5.

einen Falle noch eine Eigentümerhypothek neben der Rückgriffshypothek bestehen bleibt (1173 I), zu einem verschiedenen Rang der ihrem Wesen nach gleichartigen Rückgriffshypotheken führen soll.

Zu welchen sonderbaren Ergebnissen § 1182 führen kann, zeigt sich insbesondere dann, wenn der ersatzpflichtige Eigentümer früher durch eine teilweise Leistung an den Gläubiger auf Grund des § 1173 I eine Teileigentümerhypothek erworben hatte. Die Teileigentümerhypothek behält auch hier den Rang der Gläubigerhypothek gegenüber den anderen Hypotheken bei. Die später vom anderen Eigentümer wegen des Restbetrages nach § 1182 erworbene Rückgriffshypothek müßte nunmehr nach § 1176, da der Rückgriffsberechtigte in die Stellung des ursprünglichen Gläubigers einrückt, der Eigentümerhypothek vorgehen. Die Rückgriffshypothek soll aber andererseits nach § 1182 allen anderen gleich- und nachstehenden Rechten im Range nachgehen. Wie ist das zu vereinbaren? Man muß die Entscheidung nach § 1182 dahin treffen, daß § 1182 auch gegenüber § 1176 eine Sonderregelung enthält. Der ersatzpflichtige Eigentümer kann seine Eigentümerhypothek mit altem Rang geltend machen. Der rückgriffsberechtigte persönliche Schuldner muß sich aber mit dem begnügen, was nach Befriedigung aller anderen, insbesondere auch des ersatzpflichtigen Eigentümers selbst, übrigbleibt; ein schwer verständliches Ergebnis.

Auch in den Fällen, in denen im Anschluß an einen gesetzlichen Forderungsübergang (z. B. § 426 II) eine Rückgriffshypothek nach § 1182 entsteht, ist die Ranganordnung des § 1182 wenig befriedigend. Es ist hier der Rückgriff in obligatorischer und dinglicher Beziehung im Rang verschieden geregelt, während sich bei der Einzelhypothek (nach den §§ 426 II 2, 774 I 2 und 412, 401) sowie bei der Gesamthypothek im Falle freiwilliger Befriedigung des Gläubigers (nach den §§ 426 II 2, 774 I 2 und 1176) für das obligatorische und das dingliche Rückgriffsverhältnis das gleiche Rangverhältnis ergibt. Es kann im Falle des § 1182 die übergegangene Forderung lediglich nicht zum Nachteil einer Restforderung des Gläubigers geltend gemacht werden. Die mit der Forderung gewährte Rückgriffshypothek hingegen steht außer einer Resthypothek des Gläubigers auch allen Rechten Dritter im Range nach.

Wie alle Unebenheiten in der Rückgriffsregelung des BGB ist auch die Ranganordnung in § 1182 nur daraus zu erklären, daß der Rückgriff nicht einheitlich, sondern ohne inneren Zusammenhang bruchstückweise geregelt wurde. Das Zurücktreten der Rückgriffshypothek hinter eine Nachhypothek könnte allenfalls dann befriedigen, wenn die Nachhypothek selbst wieder eine auf den gleichen Grundstücken lastende Gesamthypothek ist. In diesem Falle könnte man vielleicht mit Recht sagen, der nachfolgende Gesamthypothe-

kar müsse wenigstens damit rechnen können, daß ihm dasjenige Grundstück zur Befriedigung verbleibt, welches der Gläubiger der vorstehenden Gesamthypothek nicht zu seiner Befriedigung herangezogen hat[20]).

Infolge der Rangverschlechterung wird die Rückgriffshypothek aus § 1182 dem Rückgriffsberechtigten kaum einen Vorteil bieten. Der Sicherungszweck, welchen die Rückgriffshypothek eigentlich haben soll, wird auf diese Weise wieder illusorisch gemacht[21]). Vor allem wird auch die Möglichkeit zu unlauteren Machenschaften gegeben. Die Nachhypothekare können den Gläubiger veranlassen, aus einem der anderen Grundstücke Befriedigung zu suchen, damit ihre Hypothek durch Rangverbesserung gewinnt. Diejenigen, welche für Aufnahme der Rangbestimmung in § 1182 bei der zweiten Lesung des Entwurfs des BGB eingetreten sind, haben daher den Teufel mit Beelzebub ausgetrieben. Sie fügten die Rückgriffshypothek des § 1182 in das Gesetz ein, um unter anderem der Versuchung eines Eigentümers vorzubeugen, den Gläubiger durch besondere Zuwendungen zu bewegen, seine Befriedigung aus einem anderen Grundstück zum Nachteile seines Eigentümers zu suchen. Der in Anspruch genommene Eigentümer sollte deshalb nicht nur „auf einen unsicheren obligatorischen Anspruch angewiesen sein"[22]). Die Erreichung dieses Zieles ist aber mit der Rangbestimmung des § 1182 sogleich wieder in Frage gestellt. Es ist nunmehr zwar nicht mehr den Eigentümern, dafür aber den Nachhypothekaren ein Anreiz zu unlauteren Geschäften — und zwar vom Gesetz selbst — gegeben, und die Sicherung des Rückgriffsanspruchs ist praktisch nur dadurch zu erreichen, daß sich ein wachsamer Eigentümer am Grundstück eines anderen Eigentümers, welcher ersatzpflichtig sein würde, schon im voraus für seinen Ersatzanspruch eine Sicherungshypothek eintragen läßt, bevor das Grundstück weiter belastet wird[23]).

§ 5. Der Schutz vor Vereitelung der Rückgriffshypothek.

Ein ersatzpflichtiger Eigentümer könnte auf den Gedanken kommen, den Rückgriff, welcher gegen ihn besteht, dadurch zu erschweren oder unmöglich zu machen, daß er sein Grundstück an einen anderen, der vielleicht nur Strohmann ist, verkauft. Hiergegen ist in den §§ 1173, 1174, 1182 [1]) Vorsorge getroffen worden. Sie be-

20) Lang S. 313 f. Vergleiche auch Marcusen S. 275, Kohler S. 475.
21) Bruck S. 213.
22) Protokolle Band 3 S. 626.
23) Bruck S. 213.
1) Ebenso auch in § 1164.

stimmen, daß eine Rückgriffshypothek auch dann entsteht, wenn ein Rechtsvorgänger des Eigentümers einem anderen Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner nach Befriedigung des Gläubigers Ersatz zu leisten hat. Damit ist die Möglichkeit ausgeschaltet, die Rückgriffshypothek durch Uebertragung des Eigentums am Grundstück zu vereiteln[2]). Die mehreren Eigentümer bilden bezüglich der Gesamtbelastung ihrer Grundstücke eine Gefahrgemeinschaft, mit deren Entstehung auch eine bestimmte Regreßlage unter den Eigentümern verknüpft ist. Ein neuer Eigentümer tritt ohne weiteres in die einmal entstandene Gefahrgemeinschaft nebst Regreßlage ein. Wie sich der Eigentumswechsel im einzelnen vollzogen hat, kann dabei gleichgültig sein. Es ist deshalb auch derjenige, welcher im Wege der Zwangsvollstreckung ein Grundstück erwirbt, Rechtsnachfolger im Sinne der §§ 1173 f, 1182. Das Gesetz bietet jedenfalls keinerlei Anhalt dafür, daß unter Rechtsnachfolge in jenen Bestimmungen nur der rechtsgeschäftliche Erwerb, und nicht auch der Erwerb durch Zuschlag gemäß § 90 ZVG zu verstehen ist[3]).

Diese Regelung, die Rückgriffshypothek vom Wechsel des Eigentums am Grundstück, und zwar selbst wenn keine Benachteiligungsabsicht bestehen sollte, unabhängig zu machen, und so zu verhindern, daß eine einmal entstandene Regreßlage durch einseitige Verfügung des aus dem Rückgriff Verpflichteten wieder beseitigt werden kann, ist ein Gebot der Billigkeit. Die Rückgriffsverpflichtung wird sich vielfach aus einem Verhältnis zwischen dem Rückgriffsberechtigten und -verpflichteten auf der einen und dem Gläubiger auf der anderen Seite ergeben, welches überhaupt nur mit Rücksicht auf das geringe Risiko eingegangen ist, das in Anbetracht des in Aussicht genommenen Erwerbs dinglicher Sicherung des Ausgleichsanspruchs besteht. Es wäre höchst unbillig, wenn man die Rückgriffshypothek hier versagen wollte, nachdem ein Eigentumswechsel an dem betreffenden Grundstück stattgefunden hat[4]).

Wenn in den §§ 1173 f, 1182 eine Rückgriffshypothek auch wegen eines Ersatzanspruchs gegen einen Rechtsvorgänger gewährt wird, so kann dies trotz des Wortlauts des Gesetzes, der damit

2) Es könnte sich allerdings stets nur um eine teilweise Vereitelung handeln, da auch dem neuen Eigentümer gegenüber zumindest eine Rückgriffshypothek auf Grund anteiligen gesetzlichen Rückgriffs bestehen würde.
3) Planck § 1164, 2 c β; RG Band 89 S. 79 f.
4) Beispiel: Zwei Eigentümer bestellen für die Schuld eines Dritten an ihren Grundstücken eine Gesamthypothek und vereinbaren, daß der eine — A — endgültig die ganze Haftungslast zu tragen hat. Der andere — B — befriedigt später den Gläubiger notgedrungen. Er hatte sich zur Hypothekenbestellung nur unter der Bedingung bereit gefunden, daß in diesem Falle die Hypothek auf ihn übergehen sollte. Das Grundstück des A hat inzwischen den Eigentümer gewechselt.

nicht ganz im Einklang zu stehen scheint, nur die Bedeutung haben, daß eine bereits gegenüber dem früheren Eigentümer bestehende Regreßlage gewahrt bleiben soll. Die Regreßlage muß auch bezüglich der Rückgriffshypothek bereits zur Zeit des Eigentumswechsels bestanden haben. Anderenfalls ist kein Grund vorhanden, wegen eines Rückgriffsanspruchs gegen einen früheren Eigentümer eine Rückgriffshypothek gegen den jetzigen Eigentümer zu geben[5]). Ein Beispiel mag das veranschaulichen: Nehmen wir an, A ist Eigentümer von zwei Grundstücken. Eines davon hat er für seine Schuld gegenüber dem D mit einer Hypothek belastet. Dieses verkauft er an B, ohne daß B die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. Würde jetzt B die Hypothek auszahlen, hätte er nur einen obligatorischen Ersatzanspruch gegen A. Hätte nun aber z. B. A nicht nur das belastete Grundstück an B, sondern auch das unbelastete an C verkauft, welcher für die Schuld des A nunmehr auch an dem von ihm erworbenen Grundstück eine Hypothek eintragen läßt, sodaß eine Gesamthypothek entsteht, müßte nach dem Wortlaut des § 1173 dem B, wenn er später den Hypothekengläubiger befriedigt, am Grundstück des C eine Rückgriffshypothek in voller Höhe der Zahlung an den Gläubiger zustehen. Dieses Ergebnis ist aber unverständlich[6]). Kein berechtigtes Interesse läßt hier die Entstehung einer Rückgriffshypothek am Grundstück des C gerechtfertigt erscheinen. Als Voraussetzung für den Erwerb der Rückgriffshypothek wegen eines Ersatzanspruchs gegen einen Rechtsvorgänger ist daher anzunehmen, daß auch die dingliche Regreßlage bereits gegenüber der Person des Rechtsvorgängers bestanden haben muß. Nur diese soll geschützt werden. Mehr besagt die Bestimmung in den §§ 1173 f, 1182 nicht.

Außer durch einen anderen Eigentümer könnte auch durch einen Gläubiger bewußt oder unbewußt die dingliche Sicherung des Rückgriffsanspruchs eines Eigentümers gegen den anderen vereitelt oder zumindest entwertet werden. Der Gläubiger könnte entweder auf die Hypothek am Grundstück des Ersatzpflichtigen verzichten (§§ 1168, 1175 Satz 2) oder einem anderen Recht den Vorrang einräumen (§ 880). Der ausgleichsberechtigte Gesamthypothekar ist hiergegen nicht ausdrücklich geschützt. Es bestehen lediglich für andere Rückgriffsfälle in den §§ 776, 1165 Schutzbestimmungen, welche den Rückgriffsberechtigten vor Nachteilen bewahren.

§ 776 bestimmt: „Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen

5) Ebenso Schulz S. 64.
6) Vergleiche auch die Beispiele bei Schulz S. 64.

Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können". § 1165 lautet ähnlich: „Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sie nach § 1183 auf oder räumt er einem anderen Rechte den Vorrang ein, so wird der persönliche Schuldner insoweit frei, als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können". Beide Bestimmungen geben trotz ihres verschiedenen Wortlauts den in ihnen genannten Rückgriffsberechtigten gleichen Schutz. Denn nach dem Wortlaut scheint es, als sei der Schutz, welchen § 1165 gewährt, umfassender als der des § 776. Es ist zwar unter Aufgabe in § 776 dasselbe wie unter Verzicht und Aufhebung in § 1165 zu verstehen, § 1165 nennt aber außerdem noch den weiteren Fall der Vorrangseinräumung. Nach richtiger Ansicht ist jedoch die Vorrangseinräumung der Aufgabe der Hypothek in 776 gleichzusetzen. Beide Bestimmungen wollen dasselbe besagen[7]). Der Rückgriffsberechtigte soll nach § 776 genauso geschützt werden, wie nach § 1165.

Darüber, ob und inwieweit der Schutz, welcher dem Bürgen, Mitbürgen oder persönlichen Schuldner nach den §§ 776, 1165 gewährt wird, auch auf andere Rückgriffsberechtigte ausgedehnt werden kann, herrscht Streit. Fuchs z. B. lehnt jede Ausdehnung ab[8]). Andere halten die Ausdehnung des § 1164 wenigstens auf die Fälle des § 1174 für zulässig[9]), und auf § 1173 II insoweit, als der rückgriffsberechtigte Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist[10]). Eine andere Ansicht geht noch weiter und will bei einer Gesamthypothek auch den Eigentümer, welcher nur mit dem Grundstück haftet, nach § 1165 schützen[11]) [12]).

Es ist der letzten Ansicht zuzustimmen. Dasselbe Interesse, welches ein Bürge, Mitbürge oder persönlicher Schuldner daran hat, daß ihm sein Rückgriffsrecht gegen einen Grundstückseigentümer vom Gläubiger nicht verkümmert wird, hat auch jeder andere Rückgriffsberechtigte. Es ist deshalb § 776 und § 1165, ganz allgemein in

7) Zu demselben Ergebnis kommen u. a. Staudinger § 776 Anm. 2 f; Planck § 776, 4 b. Auch bei der Abfassung des Gesetzes waren die §§ 776, 1165 als einander entsprechende Bestimmungen gedacht. Vergleiche RG Band 65 S. 139 f; Protokolle Band 3 S. 610, wo es heißt, § 1165 „stimme mit der auf die Bürgschaft bezüglichen Bestimmung des § 715 des Entwurf II (heute § 776) überein".
8) Fuchs § 1173, 10.
9) RGK § 1174, 2; Planck § 1174, 4; Biermann § 1174, 1.
10) RGK § 1173, 7; Lang S. 315; Robert S. 44 f; Turnau-Förster § 1165, II 6 (anders freilich § 1173, II 9); RG in JW 1913 S. 1149 (anders anscheinend die spätere Entscheidung des RG in Band 89 S. 79).
11) Brinck S. 163; Hirschfeld S. 57; Hachenburg Vorträge S. 627 f; Oellers S. 63 f; Planck § 1173, 4 c; Biermann § 1173, 2 c.
12) Biermann (Arch. f. Bürgerl. Recht Band 40 S. 321, 324) will auch auf den rückgriffsberechtigten Gesamtschuldner die §§ 776, 1165 schlechthin analog anwenden. Ablehnend Breit in JW 1931 S. 2750 zu Nr. 8.

allen anderen Rückgriffsfällen entsprechend anzuwenden[13]). Es gilt also auf Grund entsprechender Anwendungen der §§ 776, 1165 hier der Satz: Ein rückgriffsberechtigter persönlicher Schuldner (§ 1174) oder Eigentümer (§§ 1173, 1182) wird, falls der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke verzichtet[14]) oder einer anderen Hypothek den Vorrang einräumt, insoweit frei, als er ohne diese Verfügung nach den §§ 1173, 1174 oder 1182 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können.

Die Verfügungen, welche den Rückgriffsberechtigten von seiner Leistung an den Gläubiger befreien, sind im Gesetz — namentlich in § 1165 — einzeln aufgezählt. Eine ausdehnende Anwendung der §§ 776, 1165 auch auf andere als die genannten Benachteiligungsverfügungen ist daher nicht für zulässig zu erachten[15]). Sie können vor allem dann keine Anwendung finden, wenn der Gläubiger bei Verschlechterung des Grundstücks oder von Zubehörstücken, oder bei Entfernung von Zubehörstücken vom Grundstück die Rechte, welche ihm nach den §§ 1133 bis 1135 zustehen, nicht geltend macht[16]).

Die im Gesetz aufgezählten Verfügungen sind dem Gläubiger an sich nicht verwehrt. Die Tatsache ihrer Vornahme genügt aber andererseits, um dem Rückgriffsberechtigten den Schutz der §§ 776, 1165 zuteil werden zu lassen. Eine Absicht, den Rückgriffsberechtigten zu benachteiligen, ist nicht erforderlich[17]). Die in § 776 und § 1165 ausgesprochene Rechtsfolge, daß der rückgriffsberechtigte Schuldner von seiner Leistung an den Gläubiger frei wird, tritt auch unanhängig davon ein, ob die Rückgriffshypothek die einzige Möglichkeit bot, den Rückgriffsanspruch zu verwirklichen, oder ob der rückgriffspflichtige Eigentümer sonstiges hinreichendes Vermögen hatte[18]).

Die Art, wie sich der Schutz vor Vereitelung der Rückgriffshypothek auswirkt, ist in den einzelnen Rückgriffsfällen verschieden, je nachdem, ob der Rückgriffsberechtigte zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht. Gegenüber dem persönlichen Schuldner im Falle des § 1174 oder dem Gesamthypothekar, welcher zugleich persönlicher Schuldner ist, verliert der Gläubiger seinen obligatorischen Anspruch, soweit der persönliche Schuldner aus der Rückgriffshypothek des § 1174 bezw. des § 1173 II hätte Ersatz erlangen können. In der Bestimmung, daß der Rückgriffsberechtigte „frei" wird, ist ein besonderer Schulderlöschungsgrund enthalten. Die Forderung des Gläubigers gegen den Rückgriffsberechtigten geht unter[19]). Zahlte der persönliche Schuldner dennoch an den Gläubiger, ohne zu wissen, daß er nicht mehr zur Leistung verpflichtet war, so hat er gegen den Gläubiger einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Damit ist dem Rückgriffsberechtigten gegen Vereitelung der Rückgriffshypothek ein Schutz gewährt, wie er stärker nicht gedacht werden kann.

Das Erlöschen der Forderung gegen einen rückgriffsberechtigten persönlichen Schuldner tritt nach den §§ 776, 1165 nur insoweit ein, als der Rückgriffsberechtigte ohne die benachteiligende Verfügung des Gläubigers aus der Hypothek „hätte Ersatz erlangen können". Im allgemeinen wird dies dahin ausgelegt, daß der Betrag maßgebend ist, zu welchem tatsächlich nach dem Wertverhältnis des Grundstücks ohne die benachteiligende Verfügung des Gläubigers aus der Rückgriffshypothek hätte Ersatz erlangt werden können. Die Beweislast hierfür und für die Verfügung des Gläubigers wird dem Rückgriffsberechtigten auferlegt[20]).. Nur Lipp-

13) Es ist daher auch Biermann (siehe vorige Seite Anm. 12) zuzustimmen, der auch den rückgriffsberechtigten Gesamtschuldner nach den §§ 776, 1165 schützt. Es ist nicht einzusehen, weshalb etwa der Mitbürge, welcher nach § 774 II als Gesamtschuldner zu behandeln ist, in seinem Rückgriffsrecht geschützt wird, andere nach § 426 zu behandelnde Rückgriffsberechtigte dagegen nicht.

14) Eine besondere Aufhebung der Gesamthypothek nur an einem der Grundstücke, welcher der betreffende Eigentümer zustimmen müßte — im Gegensatz zum Verzicht —, kennt das BGB nicht. Nach § 1183 kann nur die Gesamthypothek als solche aufgehoben werden. Die Aufhebung an einem der Grundstücke fällt unter § 1175, 2 und bedarf keiner Zustimmung des Eigentümers. Planck § 1183, 2 d; Staudinger § 1183, I 6 b.

15) Bei der Einzelhypothek fällt noch die Auswechslung der Forderung (§ 1180) und die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld als Aufhebung der Hypothek für die bisherige Forderung (Planck § 1165, 2 c) unter die Schutzbestimmung der §§ 776, 1165. Bei der Gesamthypothek muß in diesen Fällen auch der rückgriffsberechtigte Eigentümer nach § 1180 der Auswechslung der Forderung und nach den §§ 877, 873 der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld zustimmen. Er braucht deshalb hier nicht weiter geschützt zu werden. Die §§ 776, 1165 sind nicht anwendbar.

16) Ebenso RG Band 58 S. 428 f; Planck § 1165, 2 c (Vergleiche auch § 776, 2 a); Staudinger § 1165, 1 d. (Anderer Meinung Wolff § 150 Anm. 5; auch Endemann S. 827 Anm. 28, nach dessen Ansicht § 1165 nur Beispiele und keine abschließende Aufzählung enthält). Es ist jedoch dem Rückgriffsberechtigten die exceptio doli generalis gegenüber dem Anspruch des Gläubigers gegeben, falls dieser durch sein Verhalten seine rechtliche und wirtschaftliche Lage absichtlich verschlechtert hat (RG Band 58 S. 428 f).

17) Planck § 776, 4 b und c.

18) Brinck S. 164; Planck § 1165, 2 d; Wolff § 150 II 5 a; Staudinger § 1165, 1 b.

19) Brinck S. 164; Planck § 1165, 3; RG Band 53 S. 378 ff (380); RGK § 1165, 2; Wolff § 150 II 5 a. Anders: Staudinger § 1165, 1 b und 2 c und Fuchs § 1165, 4 a, die nur ein Leistungsverweigerungsrecht, eine materielle Einrede gewähren wollen.

20) Enneccerus-Lehmann § 192 zu Anm. 5; Staudinger § 776, 2 c; Planck § 1165, 2 d, § 776, 5; Brinck S. 164. Nur Crome § 298 Anm. 23 ist der Ansicht, der Rückgriffsberechtigte habe nur die Verfügung zu beweisen, Sache des Gläubigers sei es, sodann nachzuweisen, inwieweit die Hypothek wertlos war. So in früheren Auflagen auch Staub § 349 Anm. 36 und Planck § 776, 5.

mann[21]) läßt die Forderung schlechthin in Höhe des Ersatzanspruchs erlöschen. Es sei sowohl in § 776 mit den Worten: „Insoweit, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können", als auch in § 1165 mit: „Insoweit, als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können", nur die Möglichkeit der Befriedigung aus der Rückgriffshypothek gemeint. Das Erlöschen der Gläubigerforderung tritt danach in gleichem Umfange ein, in welchem die Gläubigerhypothek zu Gunsten des persönlichen Schuldners nach § 1174 oder zu Gunsten des Eigentümers, der zugleich persönlicher Schuldner ist, nach den §§ 1173, 1182 zur Rückgriffshypothek geworden wäre. Aehnliches ist in den Protokollen zu lesen[22]).

Die Ansicht Lippmann's hat mit Recht keinen Anklang gefunden. Sie führt zu unmöglichen Ergebnissen. Nehmen wir z. B. an, es liege ein Rückgriffsfall des § 1174 vor. Würde hier der Gläubiger aus Entgegenkommen gegenüber den Grundstückseigentümern auf die Gesamthypothek verzichten, weil sie ohnehin wertlos ist, so würde er nach Lippmann auch seine Forderung gegen den persönlichen Schuldner verlieren. Er hätte überhaupt keinen Anspruch mehr. Daß bei dieser Lösung etwas nicht stimmen kann, liegt auf der Hand[23]).

Ist der Rückgriffsberechtigte etwa ein Bürge, so wäre wegen einer Verfügung des Gläubigers, die sein Rückgriffsrecht beeinträchtigt, das völlige Erlöschen der Forderung gegen ihn — wie es Lippmann annimmt — dann tragbar, wenn der Forderungsübergang auf den Bürgen nach § 774 I auch mit der inneren Regreßlage im Einklang stehen würde. Der Gläubiger könnte sich hier immer noch an den persönlichen Schuldner halten. Letzteres gilt zwar auch dann, wenn ein Bürge zwar eine Rückgriffsforderung und eine Rückgriffshypothek nach den §§ 774 I, 412, 401 oder auch § 1173 II in voller Höhe der Gläubigerforderung erworben hätte, dieser Erwerb aber im Widerspruch zu einer vertraglichen Rückgriffsregelung steht. Was ist hier jedoch unter Möglichkeit der Befriedigung aus der Rückgriffshypothek zu verstehen? Soll etwa auch hier der volle Betrag der Rückgriffshypothek maßgebend sein, da immerhin bei der Rückgriffshypothek auch insoweit, als sie der wahren Regreßlage widerspricht, die „Möglichkeit" der Befriedigung aus ihr besteht? Das wäre ein völlig unverständliches Ergebnis. Es sind die Interessen des Rückgriffs ausreichend und ohne unnötige Benachteiligung des Gläubigers gewahrt, wenn man ein Erlöschen der Forderung gegen den Rückgriffsberechtigten nur insoweit annimmt, als dieser ohne die beeinträchtigende Verfügung des Gläubigers tatsächlich hätte Ersatz erlangen können.

21) S. 225 f; ähnlich Robert S. 47 ff.

22) Protokolle Band 3 S. 610 unter V. Dort wird zu § 1165 ausgeführt: „Die Billigkeit erfordere, daß der Schuldner insoweit frei werde, als der Gläubiger durch seine Verfügungen verhindere, daß der Schuldner, wenn er zahle, zur Sicherung seines Ersatzanspruchs gegen den Eigentümer die Hypothek mit ihrem ursprünglichen Range erwerbe".

23) Es wäre hier zwar einer der Eigentümer ungerechtfertigt bereichert, weil er im Innenverhältnis zum persönlichen Schuldner zur Abtragung der persönlichen Schuld verpflichtet war, diese mit dem Erlöschen der Hauptschuld erledigte Pflicht aber andererseits wiederum einer Leistung entspricht, die der Eigentümer vom persönlichen Schuldner erhalten hat. (Hauptfall: Der persönliche Schuldner war ursprünglich zugleich auch Eigentümer, hat jedoch sein Grundstück weiterveräußert. Der neue Eigentümer hat nicht den vollen Kaufpreis, sondern nur den um den Betrag der Gesamthypothek verminderten Kaufpreis bezahlt, dafür aber die Verpflichtung übernommen, den Hypothekengläubiger zu befriedigen). Ein Anspruch des Gläubigers gegen den betreffenden Eigentümer aus ungerechtfertigter Bereicherung wäre jedoch — unabhängig von der Frage, ob er überhaupt gesetzlich begründet wäre — von zweifelhaftem Wert.

Bei der Feststellung, in welcher Höhe tatsächlich Ersatz aus der Rückgriffshypothek zu erlangen wäre, taucht als neue Schwierigkeit auf, welcher Zeitpunkt der Berechnung zu Grunde zu legen ist. Planck[24]) läßt den Zeitpunkt der Verfügung des Gläubigers maßgebend sein, Hirschfeld[25]) den Zeitpunkt der Fälligkeit der Hypothekenforderung, und Kretzschmar[26]) den Zeitpunkt der Inanspruchnahme von Seiten des Gläubigers. Es ist der letzten Ansicht zuzustimmen. Läßt man schon einmal für den Umfang des Erlöschens der Gläubigerforderung die Höhe des tatsächlich möglichen Ersatzes ausschlaggebend sein, so kann dies nur nach dem Zeitpunkt errechnet werden, in welchem der Ersatzanspruch entstanden wäre und hätte geltend gemacht werden können. Es ist der Satz, daß der Rückgriffsberechtigte frei wird, „soweit er hätte Ersatz erlangen können", ohne weiteres dahin zu ergänzen: soweit er nach Befriedigung des Gläubigers ohne dessen benachteiligende Verfügung hätte Ersatz erlangen können.

Es wird allgemein die Ansicht vertreten, daß der Forderungsuntergang im Falle des § 1174 und im Falle des § 1173, falls der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, stets in gleichem Umfange einen Untergang der Gläubigerhypothek zur Folge habe. Die Gesamthypothek des Gläubigers verwandele sich nach den §§ 1172, 1177 in eine Eigentümergesamtgrundschuld[27]). Bestand die Gläubigerhypothek wegen einer Verfügung nach § 1175 I 2 nur noch an einem Grundstück, etwa an dem des ersatzberechtigten persönlichen Schuldners, so entsteht danach gemäß den §§ 1163, 1177 eine Einzeleigentümergrundschuld zu Gunsten des persönlichen Schuldners. Weiterhin wird in dem Falle, daß der rück-

24) § 776, 4 e.

25) S. 56.

26) Nach Planck § 1165, 2 d.

27) Z. B. Biermann § 1173, 2 c; Planck § 1173, 4 c.

griffsberechtigte Gesamthypothekar nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, angenommen, daß der Bestand der Forderung und damit auch der Bestand der Gesamthypothek unberührt blieben. Dem rückgriffsberechtigten Eigentümer stünde gegenüber dem Gläubiger lediglich eine Einrede zu, wenn dieser die Hypothek an seinem Grundstück geltend macht[28]).

Diese Ansicht beruht auf einer Verkennung der Bedeutung und des Zweckes des Schutzes, welchen § 1165 gewähren will. Nach ihr wirkt sich der Schutz des § 1165 bei einem obligatorischen und einem dinglichen Anspruch des Gläubigers gegen den Rückgriffsberechtigten verschieden aus. Der rückgriffsberechtigte persönliche Schuldner und ein Rückgriffsberechtigter, der nur Eigentümer ist, werden nach derselben gesetzlichen Bestimmung (§ 1165) verschieden behandelt. Ein persönlicher Anspruch des Gläubigers soll erlöschen, ein dinglicher Anspruch gegen den Rückgriffsberechtigten hingegen nicht, vielmehr soll dem Rückgriffsberechtigten lediglich eine Einrede zustehen. Ebenso soll, falls der Rückgriffsberechtigte zugleich Eigentümer und persönlicher Schuldner ist, zwar die Forderung gegen ihn erlöschen, die Grundstücksbelastung aber bestehen bleiben, wenn auch als Eigentümerhypothek. Wenn man jedoch in § 1165 schon einmal einen Schulderlöschungsgrund sieht — der Rückgriffsberechtigte soll dem Gläubiger gegenüber „frei" werden — so kann der Erlöschungsgrund nur gleichmäßig sowohl für einen obligatorischen wie für einen dinglichen Anspruch des Gläubigers bestehen.

Sinn und Zweck des Schutzes des § 1165 ist der, den Rückgriffsberechtigten so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Gläubiger nicht die für den Rückgriff nachteilige Verfügung getroffen hätte. Deshalb erlischt die Forderung gegen einen rückgriffsberechtigten persönlichen Schuldner, soweit dieser hätte Ersatz erlangen können. Ist er nicht zugleich Eigentümer, so greift für die etwa noch bestehende Gesamthypothek § 1172 ein. Da es allein auf die Person des Rückgriffsberechtigten ankommt, ist ein Grund, auch die Eigentümer hier so zu stellen, wie wenn der Rückgriff durchgeführt worden wäre, nicht vorhanden. Den Interessen des Rückgriffsberechtigten ist mit dem Erlöschen der Forderung Genüge geschehen, ohne daß es etwa auch eines Eingriffs in die Rechte der Eigentümer aus § 1172 bedarf[29]). Anders ist zu verfahren, wenn

28) Hachenburg Vorträge S. 627 f, Planck 1173, 4 c; Biermann § 1173, 2 c.

29) Haben z. B. A, B und C für die Schuld des D eine Gesamthypothek bestellt, und C ist dem D ersatzpflichtig, so würde bei Durchführung des Rückgriffs in Abänderung des § 1172 allein dem C eine Eigentümerhypothek zufallen. An den Grundstücken des A und des B wäre die Gesamthypothek nach § 1174 Absatz 1 Halbsatz 2 erloschen. Dieses Ergebnis auch mit Hilfe des § 1165 herbeizuführen, wenn der Gläubiger auf die Hypothek

der persönliche Schuldner zugleich Eigentümer ist. Es erlischt hier die Hypothek an seinem Grundstück, so wie sie nach § 1173 I bei Durchführung des Rückgriffs erloschen wäre[30]). Die Gesamthypothek fällt nicht etwa den Eigentümern nach § 1172 I gemeinsam, oder falls nach der Verfügung des Gläubigers nur noch eine Einzelhypothek am Grundstück des Rückgriffsberechtigten bestand, diese dem Rückgriffsberechtigten als Einzeleigentümerhypothek zu. Hier muß die Sachlage so angesehen werden, als hätte der Rückgriffsberechtigte an den Gläubiger geleistet und Ersatz aus seiner Rückgriffshypothek erlangt. Der Rückgriffsberechtigte soll durch die Verfügung des Gläubigers keinen Nachteil erleiden, aber auf der anderen Seite kann er durch die Schutzbestimmung des Gesetzes auch keinen Vorteil haben. Das eine wie das andere wäre unbillig. Das Ergebnis, welches die Anwendung des § 1165 in den Fällen des § 1173 bewirkt, muß daher mit dem Ergebnis übereinstimmen, welches ohne die Verfügung des Gläubigers nach Durchführung des Rückgriffs bestehen würde, soweit es die Person des rückgriffsberechtigten Eigentümers angeht. Ist also der persönliche Schuldner zugleich Eigentümer, erlischt in gleichem Umfange wie die Forderung auch die Hypothek an seinem Grundstück. Ebenso erlischt die Hypothek gegen einen Rückgriffsberechtigten, der nur Eigentümer ist. Auch er kann nicht etwa auf Grund des § 1165 neben der Verhütung von Nachteilen noch besondere Vorteile erlangen. Denn bliebe die Hypothek an seinem Grundstück bestehen, so ist die Möglichkeit des Erwerbs von Eigentümerhypothek gegeben[31]). Entsprechendes gilt für den Fall, daß die Gesamthypothekare zugleich Gesamtschuldner sind[32]).

Unverständlicherweise gewährt das Gesetz in § 1166 in einem weiteren Falle, in welchem gleichfalls die Interessen des Rückgriffs beeinträchtigt werden, nach ausdrücklicher Bestimmung im Gegensatz zu § 1165 gegenüber dem Gläubiger nur eine Einrede. In § 1166 wird davon ausgegangen, daß der rückgriffsberechtigte persönliche Schuldner in seinen Rückgriffsinteressen gegen einen Grundstückseigentümer auch dadurch beeinträchtigt werden kann,

am Grundstück des C verzichtet hat (§ 1175 I 2), wäre durch kein berechtigtes Interesse geboten.

30) Denn nehmen wir an, der Rückgriffsberechtigte hätte nach § 1173 II eine Gesamthypothek oder Gesamtgrundschuld erworben, so wäre bei Befriedigung des Rückgriffsgläubigers von Seiten des rückgriffspflichtigen Eigentümers § 1173 I erneut anzuwenden. Der befriedigende Eigentümer erwirbt die Hypothek an seinem Grundstück, an den anderen erlischt sie.

31) Ebenso im Ergebnis anscheinend Hirschfeld S. 58 (allerdings ohne nähere Begründung).

32) Nach herrschender Meinung besteht auch hier die Hypothek gegen den Rückgriffsberechtigten, allerdings einredebehaftet, fort. Biermann § 1173 Anm. 2 c; Planck § 1173 Anm. 4 c.

daß der Gläubiger ohne sein Wissen die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreibt. In diesem Falle würde die Hypothek nach § 1181 I erlöschen, also nicht mehr zur Rückgriffshypothek werden können, und der persönliche Schuldner müßte ohne dingliche Rückgriffssicherung für den Ausfall bei der Versteigerung des Grundstücks einstehen. Die Billigkeit verlangt hier, daß der persönliche Schuldner die Möglichkeit haben muß, den Ausfall und damit den Schaden, welcher ihm bei einem Zuschlag unter Wert entstehen würde, abzuwenden oder zu mindern. Er muß durch Tilgung der Hypothekenschuld, Mitbieten oder Beibringen anderer Bieter verhindern können, daß der Gläubiger mit seiner Hypothek das belastete Grundstück unter Wert ersteigert, und sich dann an ihn wegen des Ausfalls hält, obwohl er durch den höheren Wert des Grundstücks in Wirklichkeit schon gedeckt ist[33]). Unterläßt daher der Gläubiger, wenn er die Zwangsvollstreckung eines Grundstücks aus seiner Hypothek betreibt, den persönlichen Schuldner unverzüglich zu benachrichtigen, so kann dieser nach § 1166 „die Befriedigung des Gläubigers wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern, als er infolge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet"[34]). Weshalb § 1166 im Gegensatz zu § 1165 nur ein Gegenrecht gegenüber der Gläubigerforderung gibt, ist nicht recht verständlich. Beide Fälle hätten folgerichtig gleich behandelt werden müssen. Die Interessenlage ist in beiden Fällen die gleiche.

§ 1166 ist genauso wie § 1165 nur auf den einzelnen Rückgriffsfall des § 1164 zugeschnitten. Man wird ihn aber ebenso wie § 1165 auch in den Fällen des Rückgriffs bei der Gesamthypothek entsprechend anwenden müssen[35]). Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz die Rückgriffshypothek eines Gesamthypothekars nicht ebenso wie die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners hat schützen wollen. Die Billigkeit fordert hier wie dort den gleichen Schutz.

Ein allgemeiner Grundsatz, der über den Rückgriff bei der Gesamthypothek hinaus auch für alle sonstigen Rückgriffsfälle gilt, ist allerdings aus § 1166 nicht herzuleiten. Hierfür fehlt es, anders als bei § 1165, an ausreichenden Gründen. Zu § 1165 war im Schuldrecht bei der Bürgschaft in § 776 ein Gegenstück gegeben, und es ließ sich aus diesen beiden Bestimmungen ein allgemeiner Grundsatz entnehmen. Zu § 1166 ist hingegen in keinem anderen Rückgriffsfall eine entsprechende Gesetzesvorschrift vorhanden. Eine

33) RG Band 65 S. 138.

34) Die Unterlassung der Benachrichtigung hat für den Gläubiger nur dann keinen Nachteil, wenn sie untunlich ist, z. B. wegen unbekannten Aufenthalts des persönlichen Schuldners (Planck § 1166, 3 e).

35) So auch Planck § 1166, 6; Staudinger § 1166, 4.

allgemeine Verpflichtung eines Gläubigers, stets die Interessen auch eines Nebenschuldners zu wahren, ist aber nicht anzunehmen. Das wird z. B. bei den Vorschriften über die Bürgschaft besonders deutlich, indem der Bürge in § 776 nur in einer Reihe von Fällen dem Gläubiger gegenüber geschützt wird[36]). Man wird deshalb diese Fälle nicht ohne weiteres vermehren können, zumal offensichtlich § 776 dem § 1165 entspricht (beide werden auch in den Protokollen Band 3 S. 610 als einander entsprechende Bestimmungen genannt), aber eine dem § 1166 ähnliche Bestimmung im Bürgschaftsrecht fehlt. Eine Ausdehnung des § 1166 auf den rückgriffsberechtigten Bürgen wird deshalb im allgemeinen mit Recht abgelehnt[37]). Damit entfällt die Möglichkeit, § 1166 im Gegensatz zu § 1165 als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes auf alle Rückgriffsfälle, insbesondere die Fälle des Rückgriffs eines Nebenschuldners gegen den Hauptschuldner, entsprechend anzuwenden. Eine analoge Anwendung des § 1166 erscheint nur von Fall zu Fall aus besonderen Gründen gerechtfertigt[38]). Hier ergeben sich die besonderen Gründe für eine entsprechende Anwendung des § 1166 aus dem engen inneren Zusammenhang der §§ 1164 ff mit den §§ 1173 f, 1182.

In § 1166 wird dem persönlichen Schuldner nur eine Einrede gegenüber dem Anspruch des Gläubigers gegeben. Die Voraussetzungen für die Einrede, nämlich den Ersatzanspruch gegen den Eigentümer, sowie das Unterlassen der Benachrichtigung und den Schaden, welcher sich aus der Unterlassung ergeben hat, muß der persönliche Schuldner beweisen[39]). Sofern der Gläubiger die Benach-

36) Vergl. RG Band 65 S. 136 ff.

37) RG Band 65 S. 137 ff, 140; RGK § 1166, 1; OLG Band 34 S. 77 f; RG in Recht 1916 Nr. 670, in JW 1918 S. 59 ff; Staudinger § 1166, 5. Anderer Meinung Dernburg Bürgerl.R. Band 3 § 223 Anm. 9.

38) So wird auch für den Fall, daß von mehreren Gesamtschuldnern der eine eine Einzelhypothek bestellt hatte, einer sinngemäßen Anwendung des § 1166 nichts entgegenstehen. Eine unmittelbare Anwendung (so RG in JW 1916 S 1410, RGK § 1166, 3) ist nicht möglich, da in § 1166 der persönliche Schuldner des § 1164 gemeint ist, und sich bei Gesamtschuldnern, von denen nur der eine sein Grundstück belastet hat, das Rückgriffsverhältnis nach den §§ 426 II, 412, 401 und nicht nach § 1164 regelt (vergleiche Biermann Arch. f. bürgerl. R. Band 40 S. 321). Der Gläubiger muß also, um sich vor Nachteilen zu schützen, alle anderen Gesamtschuldner benachrichtigen, wenn er aus der Hypothek in das Grundstück des einen die Zwangsvollstreckung betreibt.

39) Wolff § 150, 5 b; Biermann § 1166, 2 a. Abweichend u. a. RG Band 54 S. 373, Planck § 1166, 4 a, die statt dem persönlichen Schuldner für das Unterlassen, dem Gläubiger die Beweislast dafür auferlegen, daß er unverzüglich benachrichtigt habe. Planck gibt dem Gläubiger die Beweislast, obwohl auch er dem persönlichen Schuldner eine Einrede gewährt, deren Voraussetzungen folgerichtig der persönliche Schuldner beweisen müßte. Lippmann S. 228 ff.

richtigung arglistig unterläßt, kann dem persönlichen Schuldner darüber hinaus auch ein Schadensersatzanspruch nach § 826 zustehen[40]).

Der Nachteil aus § 1166 trifft nach seinen ausdrücklichen Worten nur den Gläubiger, welcher die Zwangsvollstreckung betreibt. Auf sonstige Hypothekare findet § 1166 keine Anwendung. Eine Ausdehnung des § 1166 wird nur dann für zulässig zu halten sein, wenn es sich um einen Gläubiger handelt, welcher einem Zwangsversteigerungsverfahren, das von einem anderen Hypothekar angestrengt wurde, gemäß § 27 ZVG beigetreten ist[41]).

Nach seinem Wortlaut wird in § 1166 in Abweichung von § 1165 der persönliche Schuldner nur geschützt, wenn sich neben der Rückgriffshypothek auch der obligatorische Rückgriffsanspruch gegen den Grundstückseigentümer richtet. Soweit ein Rechtsvorgänger des Eigentümers der Ersatzpflichtige ist, steht der Wortlaut des § 1166 seiner Anwendung entgegen. Gleichwohl wird man auch diesen Fall nach § 1166 behandeln müssen, da nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz diese Bestimmung gegenüber § 1165 und § 1164 auf einen kleineren Kreis von Fällen beschränken wollte. Eine solche Einschränkung wäre durch nichts gerechtfertigt[42]).

§ 6. Die Rückgriffshypothek und das Grundbuch.

Die Rückgriffshypothek entsteht — ebenso wie die Eigentümerhypothek des § 1173 I oder des § 1172 I — mit der Befriedigung des Gläubigers durch den rückgriffsberechtigten Eigentümer (§§ 1173, 1182) oder persönlichen Schuldner (§ 1174) kraft Gesetzes, ohne daß es der Eintragung in das Grundbuch bedarf, oder falls es sich um eine Briefhypothek handelt, die Uebergabe des Briefes erforderlich wäre[1]). Auch das Erlöschen der Gesamthypothek an den Grundstücken der nicht ersatzpflichtigen Eigentümer (§§ 1173 I 1, 1174 I, 1181 II) tritt kraft Gesetzes ein. Das Grundbuch ist damit unrichtig geworden. Es weist den befriedigten Gläubiger weiterhin als den aus der Hypothek Berechtigten aus, während die Gesamthypothek in Wahrheit etwa teilweise auf den befriedigenden persönlichen Schuldner oder Eigentümer übergegangen, teil-

40) Vergl. RG Band 65 S. 142.
41) KG in OLG Band 28 S. 166, RGK § 1166, 2.
42) Ebenso: RG in JW 1916 S. 1410 f, mit zustimmender Anmerkung von Stillschweig; Wolff § 150 Anm. 11. Anderer Meinung Biermann § 1166, 3.
1) § 1173, § 1174 und § 1182 stellen eine Ausnahme von § 1117 dar KG Band 47 A S. 217.

weise erloschen und zu einem weiteren Teil vielleicht den Eigentümern nach § 1172 I gemeinsam zugefallen ist[2]). Einer späteren Eintragung im Grundbuch kommt daher lediglich die Bedeutung einer Grundbuchberichtigung zu, für welche § 894 BGB und § 22 GBO maßgebend sind.

Die Berichtigung des Grundbuchs kann nur im Wege des Parteibetriebs erfolgen. Es ist stets ein Antrag gemäß § 13 GBO erforderlich, der keiner besonderen Form bedarf. Von Amts wegen ist die Berichtigung selbst dann unzulässig, wenn dem Grundbuchrichter die Unrichtigkeit des Grundbuchs und die wahre Rechtslage genau bekannt sind[3]). So kann auch im Falle der Befriedigung des Gläubigers aus einem der Grundstücke (§ 1181) der Versteigerungsrichter gemäß § 130 ZVG den Grundbuchrichter nur um Löschung der Hypothek am versteigerten Grundstück ersuchen. Ein Ersuchen, das Löschungen an anderen Grundstücken zum Gegenstand hat, darf der Grundbuchrichter nicht befolgen, da für die Rechtslage an den anderen Grundstücken die inneren Beziehungen der Eigentümer und ihre hierüber in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) abgegebenen Erklärungen maßgebend sind. Der Versteigerungsrichter kann allenfalls die für die Berichtigung erforderlichen Erklärungen der Eigentümer, welche bereits im Versteigerungsverfahren über das Grundstück eines von ihnen abgegeben worden sind, an den Grundbuchrichter weiterleiten[4]).

Zur Stellung des Antrags auf Berichtigung des Grundbuchs ist jeder berechtigt, dem nach § 894 ein Berichtigungsanspruch zusteht[5]). Nach § 894 kann bei Unrichtigkeit des Grundbuchs ein jeder, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird.

Nicht eingetragen ist vor allem das Recht des rückgriffsberechtigten persönlichen Schuldners oder Eigentümers. Kann der Rückgriffsberechtigte im Falle des § 1174 von allen bezw. im Falle des § 1173 von allen anderen Eigentümern als Gesamtschuldnern Ersatz verlangen oder ist im Falle des § 1173 nur ein weiterer Eigentümer da, welcher vollen Ersatz zu leisten hat, so ist der Rückgriffsberechtigte allein, nicht etwa auch der ersatzpflichtige Eigen-

2) Z. B. der persönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, befriedigt den Gläubiger, kann aber nur teilweise von einem der Eigentümer Ersatz verlangen.
3) Güthe § 22 Anm. 52 (2 a), RG Band 88 S. 91.
4) OLG Band 4 S. 376 (= KG Band 23 A S. 254). Nicht allein den Parteibetrieb will Tücking in Recht 1906 S. 1353 ff maßgebend sein lassen.
5) KG Band 52 A S. 163.

tümer zur Stellung des Berichtigungsantrags befugt. Denn hier bleibt die Belastung der Grundstücke unverändert, die rückgriffspflichtigen Eigentümer gewinnen nichts. Es ist die Rechtslage ähnlich wie bei einer Abtretung der Hypothek durch Rechtsgeschäft. Auch dort sind nur derjenige, der abtritt (verlierender Teil), und derjenige, der erwirbt (gewinnender Teil), antragsberechtigt, aber niemals außerdem der Eigentümer des Grundstücks.

Hat der Rückgriffsberechtigte nur gegen einen der Eigentümer einen Ersatzanspruch, so kann neben dem Rückgriffsberechtigten auch ein nicht ersatzpflichtiger Eigentümer den Antrag stellen, da auf seinem Grundstück die Hypothek erloschen ist, und sein Eigentum am Grundstück durch die Eintragung der nicht bestehenden Belastung beeinträchtigt wird. Ein ersatzpflichtiger Eigentümer ist dann zur Antragstellung befugt, wenn neben ihm auch noch andere Eigentümer, jeder jedoch nur zu einem Teilbetrage, Ersatz zu leisten haben, da wegen des seine eigene Ersatzpflicht übersteigenden Betrages die Hypothek an seinem Grundstück erloschen ist. Ebenso kann er dann die Berichtigung beantragen, wenn der persönliche Schuldner und Nichteigentümer nur teilweise Ersatz verlangen kann, ihm also gemeinsam mit den anderen nach § 1172 die Hypothek wegen des Betrages, der den Ersatzanspruch übersteigt, gemeinsam zugefallen ist. Hier ist ein Recht, welches ihm zusteht, nicht eingetragen.

In allen Fällen, in denen mit dem Bestehen einer Rückgriffshypothek auch das Erlöschen der Gesamthypothek an einzelnen Grundstücken verbunden ist (§§ 1173 I 1, 1174 I, 1181 II), kann auch ein an den betreffenden Grundstücken gleich oder nachstehender Gläubiger den Berichtigungsantrag stellen[6]), da durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung sein Recht beschränkt wird (§ 894). Im Falle des § 1182 steht einem gleich oder nachstehenden Gläubiger auch wegen der gesetzlichen Rangfolge aus § 1182 ein Berichtigungsanspruch zu, da sein Recht nicht richtig mit dem Range vor der Rückgriffshypothek eingetragen ist.

Außer denjenigen Beteiligten, denen ein Berichtigungsanspruch nach § 894 zusteht, hat stets auch der befriedigte Gläubiger ein Antragsrecht. Er ist der durch die vorzunehmende Eintragung Betroffene im Sinne des § 13 II GBO (siehe auch § 894 BGB), obwohl ihm das eingetragene Recht nur noch buchmäßig zusteht[7]).

Wird von einem der Antragsberechtigten die Berichtigung des Grundbuchs beantragt — gleich, ob es sich um eine Löschung, oder eine Eintragung des Rückgriffsberechtigten bezw. von Eigentümern als Gläubiger der Hypothek handelt —, so hat der Grundbuchrichter stets die inneren Rückgriffsbeziehungen zwischen dem persönlichen Schuldner oder Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt hat, und den einzelnen Eigentümern nachzuprüfen. Er hat sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob, gegen wen, und in welcher Höhe Rückgriffsansprüche bestehen. Die Berichtigung kann hier im Gegensatz zu den sonstigen Fällen[8]) niemals auf Grund einer bloßen Bewilligung des Gläubigers erfolgen, als derjenigen Person, deren Recht von der Berichtigung betroffen wird, wie es § 22 GBO und § 894 BGB im allgemeinen vorsehen. Eine solche Bewilligung kann mit der in Wirklichkeit kraft Gesetzes nach den §§ 1173 II, 1174, 1182 geschaffenen Rechtslage im Widerspruch stehen. Sie besagt über die wahren inneren Rückgriffsbeziehungen nichts. Allein diese sind aber für die wahre Rechtslage an den Grundstücken der Gesamthypothekare maßgebend.

In den Normalfällen der Grundbuchberichtigung muß die Bewilligung des Betroffenen für den Grundbuchrichter genügen, ohne daß er noch den Unrichtigkeitsnachweis fordern darf. Denn selbst dann, wenn die mit der Bewilligung erstrebte Eintragung keine Berichtigung, sondern in Wirklichkeit eine Rechtsänderung zur Folge hat, findet die Eintragung in der Bewilligung ihre Rechtfertigung[9]). In den Fällen des Rückgriffs bei der Gesamthypothek ist jedoch die Rechtslage eine andere. Eine Bewilligung des Betroffenen, also des befriedigten Gläubigers, kann hier niemals eine Rechtsfolge zeitigen, die mit der gesetzlichen Regreßlage aus den §§ 1173, 1174, 1182 im Widerspruch steht. Das hat das Gesetz in § 1173 und § 1174 selbst ausdrücklich hervorgehoben, indem es die Uebertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer oder den persönlichen Schuldner der Befriedigung gleichstellt. So können vor allem vom Gläubiger durch Abtretung seiner Rechte an den rückgriffsberechtigten persönlichen Schuldner oder Eigentümer nebst Eintragungsbewilligung nicht mehr Rechte übertragen werden, als sich nicht schon ohnehin aus den gesetzlichen Rückgriffsbestimmungen für den persönlichen Schuldner oder Eigentümer ergeben. Eine Bewilligung des Gläubigers sagt also hier für den Grundbuchrichter nichts[10]). Es ist stets nachzuweisen, ob und welche Rückgriffsbeziehungen im einzelnen bestehen. Alle für die Berichtigung erforderlichen Nachweise sind in Form von öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden zu führen (§ 29 GBO).

Stellt der rückgriffsberechtigte persönliche Schuldner (§ 1174) den Antrag, ihn im Wege der Berichtigung in das Grundbuch als

6) Brinck S. 75.
7) Güthe § 13 Anm. 41, § 22 Anm. 52 (2 a); KG in OLG Band 35 S. 8 f.

8) Vergleiche z. B. Staudinger § 894, VI 2; RG Band 73 S. 154 ff (156 f); KG Band 48 A S. 186.
9) Güthe § 22 Anm. 29; Biermann § 894, 2 d.
10) Vergleiche OLG Band 9 S. 317; Güthe § 22 Anm. 43 am Ende. Bezüglich § 1164 anders als hier anscheinend Brinck S. 127.

neuen Hypothekengläubiger gegenüber einem Eigentümer einzutragen, oder nimmt ein Eigentümer auch die Hypothek an dem Grundstück eines anderen Eigentümers für sich in Anspruch (§ 1173), so hat er nachzuweisen, daß er den Gläubiger befriedigt hat, und daß ihm gegen den betreffenden Eigentümer ein Ersatzanspruch zusteht. Der Ersatzanspruch kann z. B. durch Anerkenntnis des ersatzpflichtigen Eigentümers oder durch ein rechtskräftiges Feststellungsurteil nachgewiesen werden. Ferner ist ein Nachweis erforderlich, ob der Befriedigende der persönliche Schuldner war oder nicht, da je nach dem die Rückgriffshypothek — im Falle des § 1173 auch die Eigentümerhypothek des Absatz 1 — als Grundschuld oder als Hypothek einzutragen ist[11]). Soweit an den Grundstücken der anderen die Löschung der Hypothek notwendig ist, da kein Ersatzanspruch besteht, ist die Zustimmung des jeweiligen Eigentümers nach § 27 I GBO beizubringen, selbst wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs auch insoweit nachgewiesen ist[12]). Beantragt ein nicht ersatzpflichtiger Eigentümer die Löschung der Hypothek an seinem Grundstück nach Befriedigung des Gläubigers durch einen anderen Eigentümer (§ 1173) oder aus dem Grundstück eines anderen Eigentümers (§§ 1181, 1182), so hat er stets den Nachweis dieser Befriedigung zu führen und ferner, daß der befriedigende Eigentümer gegen ihn keinen Ersatzanspruch hat[13]). Der Nachweis der Befriedigung kann durch eine entsprechende Erklärung des Gläubigers, im Falle des § 1181 f auch durch die Versteigerungsakten erbracht werden. Das Fehlen eines Ersatzanspruches ist durch eine entsprechende Erklärung des befriedigenden Eigentümers, in der etwa der Löschung zugestimmt wird, nachzuweisen. Notfalls muß der Antragsteller auf Feststellung klagen, daß kein Ersatzanspruch besteht[14]). Im Falle des § 1174 muß außer der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer ist, und außer dem Fehlen eines Ersatzanspruchs gegen den Antragsteller die Ersatzpflicht des anderen Eigentümers nachgewiesen werden, da anderenfalls die Hypothek am Grundstück des Antragstellers nicht erlischt, sondern den Eigentümern gemeinsam zufällt (§ 1172). Auch hier kommt eine entsprechende Erklärung des anderen Eigentümers oder ein Feststellungsurteil gegen ihn als geeigneter Beweis in Frage.

11) Vergleiche Bruck S. 223 f; KG Band 27 A S. 278 ff; Brinck S. 49, 51 (alle bezüglich § 1163).

12) Soweit bei der Berichtigung des Grundbuchs auch eine Löschung erfolgen soll und nicht der Eigentümer des auf dem betreffenden Blatt eingetragenen Grundstücks den Berichtigungsantrag gestellt hat, sondern der Gläubiger, der persönliche Schuldner, ein anderer Eigentümer oder ein gleich- bezw. nachstehender Gläubiger, ist stets zu beachten, daß neben dem Nachweis der Befriedigung des Gläubigers und des Fehlens eines Ersatzanspruchs gegen den Eigentümer auch dessen Zustimmung zur Löschung gemäß § 27 Absatz 1 GBO beizubringen ist. Sie muß zu dem Nachweis der Unrichtigkeit noch hinzukommen. Brinck S. 75, Bruck S. 207 Anm. 17.

13) Brinck S. 74 f, Bruck S. 207 Anm. 17, Güthe § 22 Anm. 51.

14) KG Band 24 A S. 255 f (= OLG Band 9 S. 318), Band 47 A S. 214 am Ende, Güthe § 22 Anm. 51.

Hat ein ersatzpflichtiger Eigentümer den Berichtigungsantrag gestellt, z. B. ein Eigentümer, welcher dem persönlichen Schuldner zu ⅓ ersatzpflichtig ist (§ 1174), während ein weiteres Drittel von dem zweiten Eigentümer zu ersetzen ist, und das letzte Drittel der persönliche Schuldner selbst zu tragen hat, so hat er nachzuweisen: 1. Die Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner, 2. seine Ersatzpflicht in Höhe von ⅓, 3. die Ersatzpflicht des anderen in Höhe des weiteren Drittels, 4. daß der persönliche Schuldner wegen des letzten Drittels keinen Ersatzanspruch hat. Erst danach, und wenn er noch 5. die Zustimmung des anderen Eigentümers gemäß § 27 I GBO zur teilweisen Löschung der Hypothek an seinem Grundstück beigebracht hat, kann das Grundbuch mit der wahren Rechtslage in Einklang gebracht werden. Dem persönlichen Schuldner wird auf jeden der beiden Grundstücke zu je ⅓ eine Einzelhypothek (Rückgriffshypothek) eingetragen, da jeweils in gleicher Höhe auf jedem der Grundstücke die Gesamthypothek erloschen ist (§ 1174 I) und gelöscht wird. Wegen des letzten Drittels werden die Eigentümer gemeinsam als Gläubiger der Gesamthypothek eingetragen.

Wird — wie im letzten Falle — die Gesamthypothek kraft Gesetzes in Teilhypotheken aufgeteilt, welche verschiedenen Personen zustehen[15]), so ist bei diesen neuen Teilhypotheken gleichzeitig das Rangverhältnis zu vermerken, in welchem sie zueinander stehen. Ein besonderer Antrag, daß die berichtigende Eintragung mit dieser Maßgabe erfolgen soll, ist nicht erforderlich, da sich für den Grundbuchrichter aus den sonstigen Nachweisen dieses Rangverhältnis von selbst ergibt. Treffen also einmal eine Resthypothek, eine Rückgriffshypothek und eine Eigentümerhypothek am selben Grundstück zusammen, so ist ohne weiteres vom Grundbuchrichter mit einzutragen, daß die Resthypothek der Rückgriffshypothek, und diese der Eigentümerhypothek im Range vorgeht[16]).

Im Falle des § 1182 hat ein gleich oder nachstehender Gläubiger, wenn er den Antrag auf Rangberichtigung stellt, die Befriedigung des Gläubigers aus dem anderen Grundstück und den Ersatzanspruch des anderen Eigentümers zu beweisen. Ersteres kann durch

15) Namentlich also auch, wenn der Gläubiger erst teilweise befriedigt worden ist (§ 1176).

16) Zu demselben Ergebnis kommt bezüglich § 1176 das KG in Band 25 A S. 305 f, auch Planck § 1176, 4. Nach Biermann (§ 1176, 1 a) ist das Rangverhältnis nur auf Antrag einzutragen, da es schon ohne weiteres kraft Gesetzes besteht und nicht zum Ausdruck gebracht zu werden braucht.

Bezugnahme auf die Versteigerungsakten geschehen, sofern nicht bereits ein Ersuchen des Versteigerungsrichters gemäß § 130 ZVG vorliegt. Für letzteres ist eine Anerkennungserklärung des ersatzpflichtigen Eigentümers ausreichend, sofern es sich um vollen Ersatz handelt. Anderenfalls wird man ohne eine Erklärung des Eigentümers, daß ihm nur teilweiser Ersatz in dieser oder jener Höhe zusteht, nicht auskommen[17]).

Handelt es sich bei der Gesamthypothek um eine Briefhypothek, so ist bei allen Berichtigungsanträgen nach § 42 I GBO gleichzeitig der Hypothekenbrief vorzulegen[18]). Notfalls muß der Antragsteller den Besitzer des Briefes gemäß § 896 BGB auf Herausgabe des Briefes an das Grundbuchamt verklagen. Ist die Gesamthypothek mit der Befriedigung des Gläubigers nicht ausschließlich zur Rückgriffshypothek geworden, sondern kraft Gesetzes zu Gunsten mehrerer Personen aufgeteilt (z. B. in eine Rückgriffs- und eine Gesamteigentümerhypothek), so müssen auf Antrag neue Teilhypothekenbriefe gebildet werden (§ 61 GBO).

§ 7. Schluß.

Es hat sich wiederholt gezeigt, wie unzureichend die Regelung des Rückgriffs bei der Gesamthypothek und darüber hinaus des Rückgriffs überhaupt ist. Die Bestimmungen des Gesetzes geben oft zu Zweifeln Anlaß und lassen teilweise wichtige Fragen überhaupt ungelöst. Es sind die Rückgriffsregelungen an den verschiedensten Stellen im Gesetz verstreut. Der größte Mangel ist jedoch, daß es an einem inneren Zusammenhang und einer einheitlichen Ausgestaltung der verstreuten Bestimmungen über die einzelnen Rückgriffsfälle fehlt.

Es wird Aufgabe einer künftigen Gesetzgebung sein, eine bessere Regelung des Rückgriffs zu finden, als sie das BGB enthält. In erster Linie ist der allgemeine Ausgleich unter Gesamthypothekaren unter Fortentwicklung des Gedankens der Gefahrgemeinschaft, der vor allem in § 426 I zum Ausdruck kommt, unter entsprechender Ergänzung des § 1173 gesetzlich festzulegen. § 1143 II ist durch eine bessere Bestimmung zu ersetzen, die unzweideutig erkennen läßt, daß in gleicher Höhe, in der nach § 1143 I die Forderung übergeht, auch die Gesamthypothek am Grundstück des persönlichen Schuld-

17) Hier ist dann für die teilweise Löschung wiederum noch die Zustimmung des Eigentümers nach § 27 I GBO erforderlich.
18) Güthe § 22 Anm. 57.

ners nach § 1173 II zur Rückgriffshypothek wird[1]). Die Rangbestimmung des § 1182 ist zu beseitigen. § 1166 ist so zu fassen, daß er — wie heute schon § 1165 — einen Erlöschungsgrund gibt und nicht nur ein Einrederecht. Die §§ 1165 und 1166 sind aber auch dahin zu erweitern, daß sie die Gesamthypothek mit erfassen und zwar derart, daß auch das hypothekarische Gläubigerrecht gegen den Rückgriffsberechtigten insoweit erlischt, als der Gläubiger die Befriedigung aus der Rückgriffshypothek vereitelt hat.

Die neuen Rückgriffsbestimmungen müßten auch erkennen lassen, daß auch Eigentümer, deren Grundstücke mit einer Gesamthypothek belastet sind, und welche zugleich die Stellung von Hauptschuldnern (Gesamtschuldnern) haben, den Grundsätzen des § 1173 unterworfen sind, um den Streit hierüber[2]) so zu entscheiden, wie es den Rückgriffsinteressen entspricht. Zugleich gewinnt dabei die allgemeine Frage nach der rechtlichen Natur des Ueberganges von Gläubigerrechten zu Rückgriffszwecken erhöhte Bedeutung. Wenn man schon glaubt, auf den gesetzlichen Forderungs„übergang" zu Rückgriffszwecken nicht verzichten zu können, so sollte wenigstens zum Ausdruck gebracht werden, daß es sich hierbei um einen Rückgriff mit Hilfe von an sich erloschenen Gläubigerrechten handelt, wie es schon heute § 1182 als Ausnahme von § 1181 besonders sinnfällig zum Ausdruck bringt. Manche Frage über den Rückgriff, über die heute noch keine einheitliche Meinung zu erzielen ist, würde damit ihre Erledigung finden und zwar so, wie es mit den Interessen aller Beteiligten am besten zu vereinbaren ist.

1) Vergl. S. 40 f.
2) Vergl. S. 44 ff.

Lebenslauf.

Am 3. April 1910 wurde ich zu Magdeburg als Sohn des Geschäftsführers Willy Plumbohm und seiner Ehefrau Helene geboren. Von Ostern 1916 bis Ostern 1919 besuchte ich die Buckauer Bürger-Knabenschule zu Magdeburg und danach das Domgymnasium daselbst, dessen reformrealgymnasiale Abteilung ich Ostern 1928 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich wandte mich sodann dem Studium der Rechtswissenschaft zu. An den Universitäten München (2 Semester) und Halle (5 Semester) habe ich an den Vorlesungen oder Uebungen der folgenden Herren Professoren teilgenommen: Dres. v. Beling, Beyerle, Bilfinger, Boehmer, Brodnitz, van Calker, Finger, Fleischmann, Frank, Gerathewohl, Grünfeld, Hausmann, Hein, Herzfeld, Jahn, Jecht, Joerges, Kisch, Kitzinger, Langheineken, Miller, Naviasky, Riezler, Ruth, Rudolf Schmidt, Wenger, Wolff, v. Zwiedineck-Südenhorst.

Zu besonderem Dank bin ich Herrn Professor Dr. Rudolf Schmidt für die bei der Anfertigung der Arbeit gegebenen Fingerzeige verpflichtet.